

44/12
5/11

الجزء الحادي عشر

وهو (المجلد الثاني) من

تكملة المحرم

بنسج البهائم

(للامام العلامة الفقيه تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٦٥٧ هـ)

وبليه

فتح العزيز

سراج الوميز

(وهو الشرح الكبير للامام الجليل أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الزافعي المتوفى سنة ٥٣٦ هـ)

وبليه

التلخيص الكبير

في تجميع آثار الرافعي

(للامام الحافظ الحجة أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ)

طبع هذه المجموعة على نفقة شركة من عامه الأرملة

(وباشرت تصحيحها لجنة من العلماء بمشاركة إدارة المطبعة : وحقوق الطبع محفوظة لها)

ومن تجاراً على طبعه يكون مؤاخذاً بالحقوق المدنية ومطالباً بالنعويض

بطلبه الأمانة الأخوي حافظ محمد داود

شارع كنز الزخاري طابعت في الساعة ٨ بالبحر بصر

(تقديمه) (جملنا المجموع في أعلى الصفحة وبليه فتح العزيز وبليه التلخيص من مفهولا بينهما مجدول) تطبعة الزخاريين الأخوي

CHECKED - 1963

٢٥٢٤٦

٢٦٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب بيع العرايا

قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وأما العرايا وهو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرصاً فإنه يجوز للفقراء فيخرص ما على النخل من الرطب وما يحىء منه من التمر إذا جف ثم يبيع ذلك بمثله تمرأ ويسلمه قبل التفرق والدليل عليه ما روى محمود بن إبيد قال « قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضول من قوتهم من التمر فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونها رطباً » *

كتاب الوكالة * وفيه ثلاثة أبواب

الحاجة داعية إلى تجويز الوكالة ظاهرة وثبتت عن رسول الله ﷺ ^(١) « أنه وكل السعاة لأخذ الصدقات » وروى أنه ﷺ ^(٢) « وكل عروة البارقي ليشتري له شاة للأضحية » ^(٣) « وعمرو بن أمية الضمري لقبول

كتاب الوكالة

- (١) ﴿ حديث ﴾ أنه ﷺ وكل السعاة لأخذ الصدقات تقدم في الزكاة ::
- (٢) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم وكل عروة البارقي ليزنرى له أغنخية نفد في أول البيع *
- (٣) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان قل البيهقي في المعرفة رويها عن أبي جعفر محمد بن علي أنه حكى ذلك ولم يسنده البيهقي في المعرفة وكذا حكاها في الخلافات بلا إسناد وأخرجها في السنن من طريق ابن اسحق حدثني أبو جعفر قل بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمري إلى الجاني فوجهه أم حبيبة ثم ساق عنه أربع مائة دينار واشتهر في السير أنه صلى الله عليه وسلم بعث عمرو بن أمية إلى الجاني فوجهه أم حبيبة وهو يحتمل أن يكون هو الوكيل في القبول أو النجاشي وناهر ما في أبي داود والنسائي أن

﴿ الشرح ﴾ حديث زيد بن ثابت في العرايا ثابت في صحيح البخاري ومسلم وغيرها ولنظ البخاري ومسلم أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا والفاظ آخر غير ذلك (وأما) ما ذكره المصنف من رواية محمود بن لبيد فلم أرها إلا في كلام الشافعي رضي الله عنه فيها فيما ذكر محمود بن لبيد قال « سألت زيد بن ثابت عن عرايم هذه التي يحلون لها فقال فلان وأصحابه شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يحضر وليس عندهم ذهب ولا ورق يشترون بها وعندهم فضل عن قوت سنتهم فارخص لهم رسول الله ﷺ أن يشتروا العرايا بخرصها من التمر يأكلونها رطباً * وقال الشافعي أيضاً في كتاب البيوع من الأم قيل لمحمود بن لبيد أوقال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب النبي ﷺ إما زيد بن ثابت وإما غيره ما عرايا كم هذه قال فلان وفلان وسمى رجلاً محتاجين من الأنصار وذكر معني ما تقدم ونقله البيهقي في المعرفة عن الشافعي كذلك معلقاً لم يذكر له إسناداً يتصل به وأشار ابن حزم إلى تضعيفه بقوله إن الشافعي ذكر فيه حديثاً لا يدرى أحد منشأه

نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان»^(١) «وأبا رافع لقبول نكاح ميمونة» وعن جابر رضي الله عنه قال «أردت الخروج إلى خيبر فذكرته لرسول الله ﷺ فقال إذا لقيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإن ابغى منك آية فضع يدك على ترقوته»^(٢) وقد أدرج صاحب الكتاب رحمه الله تعالى مسائل الوكالة في ثلاثة أبواب (أحدها) في أركانها وبين فيه ما يعتبر في كل واحد منها لصحة العقد فيعرف بذلك

النجاشي عقد عليها عن النبي صلى الله عليه وسلم وولى النكاح خالد بن سعيد بن العاصي كما في المغازي وقيل عثمان بن عفان وهو وهم *

(١) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع في قبول نكاح ميمونة : مالك في الموطأ والشافعي عنه عن ربيعة عن سليمان بن يسار مرسلاً أنه بعث أبا رافع مولاه ورجلاً من الأنصار فزوجه ميمونة بنت الحارث وهو بالمدينة قبل أن يخرج ووصله أحمد والترمذي والنسائي وابن حبان عن سليمان عن أبي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة حلالاً وبني بها حلالاً وكنت أنا الرسول بينهما وتعقبه ابن عبد البر بالانقطاع بأن سليمان لم يسمع من أبي رافع لكن وقع النصريح بسماحه منه في تاريخ ابن أبي خيثمة في حديث نزول الأبطح ورجح ابن الفطان اتصاله ورجح أن مولد سليمان سنة سبع وعشرين ووفاته أبي رافع سنة ست وثلاثين فيكون سنة ثمان سنين أو أكثر ﴿ تنبيه ﴾ الرحل الأنصاري البهم يحتمل تفسيره بأوس بن خولى فقد روى الواقدي وفيه ما فيه من طريق علي بن عبد الله بن عباس قلما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم الخروج إلى مكة بعث أوس بن خولى وأبا رافع إلى العباس فزوجه ميمونة *

(٢) ﴿ حديث ﴾ جابر أردت الخروج إلى خيبر فذكرته لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إذا لقيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإن ابغى منك آية فضع يدك على ترقوته : أبو داود من طريق

ولا مبدأه ولا طريقه وذكره أيضاً بغير إسناد فبطل أن يكون فيه حجة يعنى في اختصاصها بالفقراء وهذا سياتى الكلام فيه والمقصود هنا أنها تجوز للفقراء وذلك لا نزاع فيه وقد ذكر الترمذى هذا المعنى من غير تعيين رواية قال لما ذكر حديث العرايا فى جامعہ ومعنى هذا عند بعض أهل العلم أن النبى ﷺ أراد التوسعة عليهم فى هذا لانهم شكوا اليه وقالوا لا نجد ما نشتري من التمر الا بالتمر فرخص لهم فيما دون خمسة أوسق ان يشتروها فيما كلوها رطباً لكن يحتمل أن يكون مراد الترمذى ببعض العلماء الشافعى وقال الماوردى ولم يسنده الشافعى لأنه نقله من السير وجعلت أولاد الصحابة الذين ولدوا على عهد رسول الله ﷺ وهو معدود أيضاً من الصحابة على الصحيح فهو صحابى ابن صحابى من كبار العلماء وقوله ما عرايا كم هذه لأن زيدا كان أكبر منه واعلم بسنن النبى ﷺ فاراد أن يبينها له وقد رأيت فى الوافى فى شرح المذهب كلاماً لولا تفرق النسخ لكنمت أزلته غيره قال سمعت فقها يقول ان محمود بن لبيد ساعدت كان يهوديا فلذلك قال هذا الكلام وكان الواجب أن يعنى هذا من الكتاب لولا تفرق النسخ فلا حول ولا قوة إلا بالله نعوذ بالله أن نقول

صحيح الوكالة وفاسدها (والثانى) فى أحكام الوكالة الصحيحة فهى فائدة العقد وثمرته (وثالثها) فى الاختلاف لأنهما قد يختلفان فى أصل العقد وفى كفيته وتعرض لسببه أحكام يحتاج إلى الوقوف عليها (أما) الأركان فلا يخفى أن التوكيل تفويض ولا شك أن التفويض يكون فى شىء يصدر من شخص الى شخص ويتحصل بشىء وهذه هى الأربعة التى ذكرناها لكن جعلها أركاناً الوكالة كجعل البائع والمشتري والمبيع أركاناً للبيع وفيه كلام قدمناه فى البيع *

قال (الباب الأول فى أركانها) وهى أربعة ﴿ الأول ﴾ ما فيه التوكيل وشروطه ثلاثة (الأول) أن يكون مملوكاً للموكل * فلو وكل بطلاق زوجة سينكحها * أو بيع عبد سيملكه فهو باطل ﴿ *

الركن الأول ما فيه التوكيل وله شروط (أحدها) أن يكون ما يوكل فيه مملوكاً له فلو وكل غيره فى طلاق امرأة سينكحها أو بيع عبد سيملكه أو اعتاق كل رقيق يملكه فوجهان (أحدهما) أن هذا التوكيل باطل لأنه لا يتمكن من مباشرة ذلك بنفسه فلا يذتظم منه إباحة غيره فيه (والثانى) صحيح ويمكن بحصول الملك عند التصرف فإنه المقصود من التوكيل ويجرى الوجهان فيما إذا وكله بقضاء كل دين سيلزمه وتزويج ابنته إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها وما أشبه ذلك وبالوجه الثانى

وهب بن كيسان عنه بسند حسن ورواه الدارقطنى لكن قل خذ منه ثلاثين وسقاً فوالله بالحمد ثمة غيرها وعلق البخارى طرفاً منه فى أواخر كتاب الجلس

مالا نعلم ولولا خشيت أن يطالعه بعض الضعفة فيعتقد صحته وينقله ما تعرضت له ولا نقلته لكن نهبت عليه خوفاً من أن يعتربه فيوقع بسببه في نسبة هذا الرجل العظيم إلى مثل هذا فنسأل الله تعالى أن يعصمنا من الزلل بمنه وكرمه والعرايا جمع عرية وهي تفرد صاحبها للأكل ووزن العرية فعيلة واختلف في اشتقاقها على قولين قيل بمعنى فاعله وهو قول الأزهري وابن فارس ويكون من عرى يعرى كلها عريت من جملة النخيل فعريت أي خلت وخرجت كما يقال عرى الرجل اذا تجرد من ثيابه وعلى هذا تكون لام الكلمة ياء كهدية وجمعه فعائل كصحيفة وصحائف كذلك عرية وعراوى - همزة بعد المدة مكسورة وبعدها ياء - ثم فتحت هذه الهمزة العارضة في الجمع فصار عراوى تحركت الياء وانفتح مقبلها فلبت الفاء فصار عراء ثم إنهم كرهوا اجتماع ألفين بينهما همزة مفتوحة لأن الهمزة كلها ألف فكأنه اجتمع ثلاث الفات فابدلوا من الهمزة ياء فقالوا عرايا فليس وزنها فعالي لأن هذه الياء ليست أصلية وإنما وزنه فعائل وهذا الإبدال والعمل واجب وكل هذه القواعد محكمة في علم التصريف ومثل هدية وهدايا وقد قالوا في جمعه أيضاً هداوا فأكثر النحويين جعلوا ذلك شاذاً والاختصار قاس عليه وردوا عليه بأنه لم ينقل منه إلا هذه اللفظة أعنى هداوا فلم يأت مثل عداوى وشبهه وإنما كتب بالياء كخنية وحنايا ومنايا قال شيخنا الاستاذ أبو حيان محمد بن يوسف بن حيان الأندلسي فسخ الله في مدته لو ذهب ذاهب إلى أن وزن هذا الجمع كله فعالي لكان مذهباً حسناً بعيداً من التكلف وإنما دعا النحويين إلى ذلك التقديرات حملهم جمع المعتل على الصحيح فاجروا ذلك مجرى صحيفة وقد تكون أحكام للمعتل لا للصحيح وأحكام للصحيح لا للمعتل ويقال هو عرو من هذا الأمر أي خلو منه ويقال لساحل البحر العراء لأنه خلو من النبات

أجاب الفقهاء في الفتاوى وهو الذي أورده في التهذيب (والأول) أصح عند أصحابنا العراقيين والامام ولم ينقل صاحب الكتاب غيره ويجوز أن يقال الخلاف عائد إلى الاعتبار بحال التوكيل أو بحال إنشاء التعريف وله نظائر *

قال في الثاني أن يكون قابلاً للنيابة كأنواع البيع * وكالحوالة * والضمان * والكفالة * والشركة * والوكالة * والمخابرة * والجماعة * والمساقاة * والنكاح * والطلاق * والخلع * والصلح * وسائر العقود * والنسوخ * ولا يجوز التوكيل في العبادات إلا في الحج وأداء الزكوات * ولا يجوز في انعادي كاسرة والغصب والقتل بل أحكامها تلزم متعاطيها * ويلتحق بفن العبادات الأيمان والشهادات فأنها تتعلق بألفاظ وخصائص * واللعان والإيلاء من الأيمان * وكذا الظهار على رأى * ويجوز التوكيل قبض الحقوق * وفي التوكيل بآثبات اليد على المباحات كالاصطياد

قال الله تعالى (فنبذناه بالعراء وهو سقيم) وقيل بمعنى مفعوله من عراه يعروه إذا أتاه وتردد اليه لأن صاحبها يتردد اليها ويقال أعريته النخلة أى أطعمته ثمرةها بعروها قال الخطابي كما يقال طلب الى فاطمته وهذا قول أبي عبيد الهروي وجوز أيضاً أن يكون بمعنى فاعله كما تقدم فعلى القول الثانى تكون لامها واواً أصلها عريوة اجتمعت الواو والياء وسبقت احداها بالسكون قلبت الواو ياء ثم ادغمت احداها فى الأخرى ثم فعل بجمعه كما فعل به من غير فرق الا أنه على هذا القول يكون كمطية لا كهدية وهذا الوزن متى كانت لامه واواً اعتلت فى المفرد كان حكمه حكم ماله ياء بخلاف الذى لامه واو صحت فى المفرد فله حكم آخر والله أعلم * وأما المراد بها هنا فعندنا هو بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر على وجه الأرض والعرايا نوع من المزبنة رخص فيه قال أهل اللغة الأزهرى والهروى وغيرهما إن النبي ﷺ نهى عن المزبنة وهى بيع التمر فى رؤس النخل بالتمر رخص من جملة المزبنة فيما دون خمسة أوسق وهو أن يجرى الرجل إلى صاحب الحائط فيقول له بعني من حائطك ثلاث نخلات بأعيانها بخرصها من التمر فيبيعه إياها ويقبض الثمن ويسلم اليه النخلات يأكلها ويتمرها قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى كتاب البيوع فى باب بيع العرايا بعد ما ذكر أحكام العرايا بالتفسير المشهور والعرايا ثلاثة أصناف هذا الذى وصفنا أحدها وجماع العرايا كلها أفراد لياكله خاصة ولم يكن فى جملة البيع من ثمر الحائط اذا بيعت جملة من واحد * والصنف الثانى أن يخص رب الحائط القوم فيعطى الرجل ثمر النخلة وثمر النخلتين وأكثر هدية يأكلها وهذه فى معنى المنحة من الغنم يمنح الرجل الرجل الشاة أو الشاتين وأكثر ليشرب لبنها وينتفع به وللمعري أن يبيع ثمرها ويتمرها ويصنع فيه ما يصنع فى ماله لانه قد ملكه * والصنف الثالث أن يعرى الرجل الرجل النخلة وأكثر من حائطه ليأكل ثمرها ويهديه ويتمرها ويفعل فيه ما أحب ويبيع ما بقى من ثمر حائطه فتكون هذه

والاستقاء خلاف * وفى التوكيل بالافرار خلاف لتردده بين الشهادة والالتزامات * ثم ان لم يصح فى جعله مقراً بنفس التوكيل خلاف * وكذلك يجوز التوكيل بالخصومة برضا الخصم وغير رضاه (ح) * وباستيفاء العقوبات فى حضور المستحق * وفى غيبته طريقان * أحدهما المنع * والآخر قولان * وقيل بالجواز أيضاً *

يشرط فى الموكل فيه أن يكون قابلاً للنيابة فان التوكيل تفويض وإناية والذى يفرض فيه التوكيل أنواع (منها) العبادات والأصل فيها امتناع النيابة لأن الأتيان بها مقصود من الشخص عينه ابتلاء واختباراً واستثني الحجج للأخبار ومن جنس الصلاة ركعتى الطواف على كلام فيها يأتى فى الوصايا وتقريقر الزكاة والكفارات والصدقات إلخ لها بسائر الحقوق المالية وذبح الضحايا

مفردة من المبيع منه جملة وقد روى أن مصدق الحائط يأمر الخارص أن يدع لاهل البيت من حائطهم قدر ما يراهم يأكلون ولا يخرجهم لتؤخذ زكاته وقيل قياسا على ذلك أن يدع ما أعرى المساكين منها فلا يخرصه وهذا بتعبيره في كتاب الخرص انتهى كلام الشافعي رحمه الله تعالى وهذا الذي ذكره الشافعي من كونه يترك للمالك نخلة أو نخلات يأكلها أهله نقله الأصحاب في كتاب الزكاة قولاً قديماً ونقله النووي هناك عن نصه في البويطى في البيوع والتقديم قال أبو عبيد القاسم بن سلام العرية النخلة يعرفها صاحبها رجلا محتاجا والأعرء أن يجعل له ثمرة عامها فرخص لرب النخل أن يبتاع ثمرة تلك النخلة من المعري بتمردفع حاجته قال وقال بعضهم بل هو الرجل يكون له النخلة في وسط نخل كثير لرجل آخر فيدخل رب النخلة الى نخلته ور بما كان مع صاحب النخل الكثير أهله في النخل فيؤذيه بدخوله فرخص لصاحب النخل الكثير أن يشتري ثمرة تلك النخلة من صاحبها قبل أن يحجزه

والهدايا فأت النبي ﷺ أناب^(١) فيه وفي صوم الولي عن الميت خلاف سبق في موضعه والحق بالعبادات الأيمان والشهادات قال في الوسيط لأن الحكم في الأيمان يتعلق بتعظيم اسم الله تعالى فامتنعت النيابة فيها كالعبادات وفي الشهادات علقنا الحكم بخصوص لفظ الشهادة حتي لم يعم غيرها مقامها فكيف يحتمل السكوت عنها بالتوكيل ومن جملة الأيمان الايلاء واللعان والقسامة فلا يجوز التوكيل في شيء منها وفي الظاهر وجهان بناء على أن المقلب فيه معنى اليمين أو الطلاق والظاهر عند المعظم منع التوكيل فيه وذكر في التتمة أن الظاهر الجواز وأن المنع مذهب المزني وفي معنى الأيمان النذور وتعليق الطلاق والعتق والتدبير وفي التتمة أن الحكم في التدبير يبنى على أنه وصية أو تعليق عتق بصفة فإن قلنا بالثاني منعه (ومنها) للمعاملات فيجوز التوكيل في طرفي البيع بأنواعه من السلم والصرف والتولية وغيرها وفي الرهن والهبة والصالح والأبراء والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والمضاربة والاجارة والجماعة والمساواة والايديع والاعارة والأخذ بالشفعة والوقف والوصية وقبولها وعن القاضي الحسين وجه أنه لا يجوز التوكيل في الوصية لأنها قريبة ويجوز التوكيل في طرفي النكاح والخلع وفي تنجيز الطلاق والعتاق والسكينة ونحوها وفي الرجعة وجهان (أصحهما) الجواز كابتداء النكاح فان كل واحد منهما استباحة فرج محرم (والثاني) المنع كما لو أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة ووكّل بالاختيار وكذا لو طلق إحدى امرأته وأعتق أحد عبديه

(١) حديث ﴿ أنه صلى الله عليه وسلم استناب في ذبح الهدايا والضحايا : متفق عليه من حديث على أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنه الحديث وفي حديث جابر الطويل في مسلم وأمر علياً أن يذبح الباقي ☆

بتمر لثلاثين أذى به قال أبو عبيد والفسير الأول أجود لأن هذا ليس فيه اعراء إنما هي نخلة يملكها بها فكيف تسمى عرية وما يعين ذلك قول شاعر الأنصار يصف النخل

ليست بسنهاء ولا دجية * ولكن عرايا في السنين الجوائح

يقول أنا نعيمها الناس والسنهاء الخفيفة الحمل^١ والدجية الثقيلة الحمل التي قد انحنت من ثقل حملها قاله ابن الصباغ وروى أبو عبيد عن مكحول قال كان النبي ﷺ إذا بعث الخراص قال خففوا في الخرص فان في المال العرية والوصية (قلت) وقد ورد في حديث زيد بن ثابت في معجم الطبراني بسند صحيح رخص رسول الله ﷺ في العرايا النخلة والنخلتين توهبان للرجل فيبيعها بخرصها تمرًا لكن ليس في ذلك تخصيص ان الذي يبتاعها هو الواهب ولا أن ذلك لدفع حاجته فهذا أولى ما يعتمد في تفسيرها وهو مخالف للقولين الذين قالها أبو عبيد * قال الماوردي العرايا ثلاثة (مواساة) وهي ما يعطى للمساكين وذلك سنة (ومحابة) وهي ما يتركها الخراص لمن يخرص نخله

وكل بالتعيين وكما يجوز التوكيل في العقود يجوز في الاقالة وسائر الفسوخ نعم ما هو على الفور فالتأخير فيه بالتوكيل قد يكون تقصيرًا أو في التوكيل في خيار الرؤية خلاف سبق في موضعه ويجوز التوكيل في قبض الاموال مضمونة كانت أو غير مضمونة وفي قبض الديون واقباضها ومنها الجزية فيجوز التوكيل في قبضها واقباضها نعم يمتنع توكيل الذي المسلم فيه على رأى مذكور في كتاب الجزية (ومنها) المعاصي كالقتل والقذف والسرقة والغصب فلا مدخل للتوكيل فيها بل أحكامها تثبت في حق مرتكبها لان كل شخص بعينه مقصود بالامتناع عنها فان فعل أجرى حكمها عليه * ثم في الفصل وراء هذه الصور المبتورة مسائل (أحداها) في التوكيل في تملك المباحات كاحياء الموات والاحتطاب والاصطياد والاستقاء وجهان (أصحها) الجواز حتى يحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل لانه أحد أسباب الملك فاشبه الشراء (والثاني) المنع كالاغتنام لان الملك فيها يحصل بالحيازة وقد حدث من التوكيل فيكون الملك له ولو استأجره ليحتطب له أو يستقي في التهذيب أنه على الوجهين وبالمنع أجاب القاضي ابن كعب ورأى الامام جواز الاستئجار مجزومًا به فقاس عليه وجه تجوز التوكيل (الثانية) في التوكيل بالاقرار وجهان وصورته أن يقول وكلتك لتقر عني لفلان (أظهرها) عندا كثيرين ويحكى عن ابن سريج واختيار القفال أنه لا يصح لانه اخبار عن حق فلا يقبل التوكيل كالشهادة وانما يليق التوكيل بالانشاءات (والثاني) يصح لانه قول يلزم به الحق فاشبه الشراء وسائر التصرفات وبهذا قل أبو حنيفة رحمه الله تعالى فعلى الاول هل يجعل بنفس التوكيل مقررًا فيه وجهان (أحداها) نعم وبه قال ابن القاص تفريجًا واختاره الامام رحمه الله تعالى لأن توكيله دليل ثبوت الحق عليه (وأظهرها) عند

لياً كلها علماً أنه سيتصدق منها بأكثر من عشرها فذاك جائز لقوله صلى الله عليه وسلم « وإذا خرصتم فدعوا لهم الثلث فدعوا الربع » (والمراضاة) اختلف الفقهاء فيها فقال الشافعي رضي الله عنه بيع الرطب خرصاً على النخل بمكيله تمرّاً على الأرض في خمسة أوسق فأقل مع تعجيل القبض وذكر مذهب مالك وأبي حنيفة رضي الله عنهما وسند كرها إن شاء الله تعالى * والرخصة أثبت الحكم على خلاف الدليل وقد ذكرنا في حدها عبارات مختلفة أحسنها الإطلاق مع قيام المقتضى للمنع لغرض التوسيع فقولنا الإطلاق نريد به إباحة الأقدام التي تشتمل الواجب والمندوب والمباح وقولنا مع قيام المقتضى للمنع احتراز من قتل قاطع الطريق وشبهه فانه قد يقال إنه شرع مع الاسلام للمقتضى للمنع مما ليس كذلك فلا يسمى رخصة وزاد بعضهم في حال حرثه احتراز من التقصاص فانه قاعدة كلية لسكن يرد عليه السلم والاجارة وما أشبهها * ثم الرخصة قد يكون سببها الضرورة

صاحب التهذيب أنه لا يجعل مقرأ كما أن التوكيل بالبراء لا يجعل إبراء وإذا قلنا بالوجه الثاني فينبغي أن يبين الوكيل جنس المقر به وقدره فلو قال قر عني بشيء لفلان فأقر أخذ الموكل بتفسيره ولو اقتصر على قوله أقر عني لفلان فوجهان حكاهما الشيخ أبو حامد وغيره (أحدهما) أنه كما لو قال أقر عني بشيء (وأصحها) أنه لا يلزمه شيء بحال لجواز أن يريد الإقرار بعلمه أو سماعه لا بالمال (الثالثة) يجوز لكل واحد من المدعى والمدعى عليه التوكيل بالخصومة رضي صاحبه أو لم يرض وليس لصاحبه الامتناع من خصومة الوكيل وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى له الامتناع إلا أن يريد الموكل سفراً أو يكون مريضاً أو مخدراً وقال مالك رحمه الله تعالى له ذلك إلا أن يكون سفيهاً خبيث اللسان فيعذر الموكل في التوكيل * لنا أنه توكيل في خالص حقه فيمكن منه كالتوكيل باستيفاء الدين من غير رضا من عليه ولا فرق في التوكيل في الخصومة بين أن يكون التوكيل المطلوب مالا أو عقوبة لآدمي كالتقصاص وحد القذف فأما حدود الله تعالى فلا يجوز التوكيل في إثباتها لأنها مبنية على الدرع (الرابعة) يجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى للأمام والسيد في حد بلوكة وقد قال عليه السلام في قصة ماعز « اذهبوا به فارجموه » ^(١) وقال واغدياً أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ^(٢) وأما عقوبات الآدميين فكذلك يجوز استيفائها بالوكالة في حضور المستحق وفي غيبه ثلاث طرق (أشهرها)

(١) (حديث) أنه قال في قصة ماعز اذهبوا به فارجموه متفق عليه من حديث أبي هريرة قال أتى رجل من أسلم فقال يا رسول الله إني زنت الحديث وفي آخره فقال اذهبوا به فارجموه وصرح في الزمذى وغيره أنه ماعز بن مالك وسيأتي في الضحايا *

(٢) (حديث) أنه صلى الله عليه وسلم قال واغدياً أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها متفق عليه من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد وسيأتي في الحدود بتمامه *

كأكل المضطر الميتة وقد يكون سببها الحاجة كالعرايا فلما كان الدليل قائماً على تحريم بيع الرطب بالتمر ووردت العرايا على خلافه سمي ذلك رخصة والخرص بكسر الخاء نص عليه ابن فارس والمراد منه الخروص وأما الخرص بالفتح فهو المصدر وهو الحذر يقال خرص العبد يخرصه ويخرصه بضم الراء وكسرهما في المضارع خرصاً وخرصاً بالفتح والكسر حذره قاله ابن سيده ثم قال وقيل الخرص المصدر والخرص الاسم والخراص الحذار (وأما) حكم المسألة فذلك مما لا خلاف فيه في المذهب وهو مذهب أكثر أهل العلم منهم مالك وأهل المدينة والأوزاعي وأهل الشام وأحمد واسحق وأبو عبيد وداود ومن تبعهم من أهل العلم كلهم ذهبوا إلى أن ذلك جائز وجعلوه مستثني من جهة نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر وعن بيع الرطب بالتمر كذلك قال ابن المنذر وخالف في ذلك أبو حنيفة وأصحابه ومالك رحمه الله تعالى في ذلك بعض مخالفة سأذكرها إن شاء الله تعالى قال الشافعي رحمه الله تعالى في كتاب اختلاف الحديث وهو في الجزء السادس عشر من الأم مخالفاً

على قولين (أحدهما) المنع وهو ظاهر نصه هنا لانا لا نتيقن بقاء الاستحقاق عند الغيبة لاحتمال العفو أيضاً فإنه ربما يرق قلبه عند الحضور فيعفو فليشترط الحضور (وأصحها) الجواز لأنه حق يستوفى بالنيابة في الحضور فكذلك في الغيبة كسائر الحقوق واحتمال العفو كاحتمال رجوع الشهود فيما إذا كانت بالبينة فإنه لا يتمتع الاستفتاء في غيبته (والثاني) وبه قال أبو اسحق القطع بالجواز وحمل ما ذكره ههنا على الاحتياط (الثالث) القطع بالمنع لعظم خطر الدم بالمنع قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى وذكر الرواي أن الذي يفى به * وإذا عرفت ما ذكرنا لم يخف عليك أن قوله في الكتاب وسائر العقود والفسوخ وإن كان يشعر بالجزم وصحة التوكيل فيها لكن في العقود ما هو مختلف فيه كالرجعة والوصية وفي الفسوخ أيضاً طرد الفسخ وخيار الرؤية فيجوز اعلامه - بالواو - لذلك وقوله في آخر الفصل وقيل بالجواز أيضاً طريقة نالته أوردها بعد الطريقتين وثالثها محفوظة عن الشيخ أبي حامد ومن تقدم *

قال ﴿ الشرط الثالث أن يكون ما به التوكيل معلوماً نوع علم لا يعظم فيه الغرر ﴾ * ولو قال وكلتك بكل قليل وكثير لم يحز * ولو قال وكلتك بما إلى من تطليق زوجاتي وعتق عبيدي * وبيع أملاكى جاز * ولو قال وكلتك بما إلى من كل قليل وكثير ففيه تردد * ولو قال اشتري عبداً لم يحز (و) * ولو قال عبداً تركياً بمائة كفى * ولا يشترط أوصاف السلم * ولو ترك ذكر مبلغ الثمن أو ذكر الثمن ولم يذكر نوعه ففيه خلاف * والتوكيل بالأبراء يستدعي علم الموكل بمبلغ الدين المبرأ عنه لا علم الوكيل * ولا علم من عليه الحق * ولو قال بع بما باع به فلان فرسه فالعلم بمبلغ ما

معاً في العرايا فقالوا لا نجيز بيعها وقالوا نرد اجازة بيعها بنهي النبي ﷺ عن الزانية ونهيه عن الرطب بالتمر وهي داخلة في المعنيين قال الشافعي رحمه الله تعالى قليل لبض من قال هذا منهم فان أجاز انسان بيع الزانية بالعرايا لان النبي ﷺ قد أجاز بيع العرايا قال ليس ذلك له قلنا هل الحاجة عليه الالهى عليكم في أن يطاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيحل ما أحل ويحرم ما حرم وبحث الشافعي رحمه الله تعالى في ذلك الى أن قل قل فكيف نقول قامت أحل مأل من بيع العرايا وأحرم ما حرم من بيع الزانية وبيع الرطب بالتمر من العرايا وانعم ازم يرد بما حرم مأل ولا بما أحل ما حرم فاطيعه في الأمرين وما عليك الاعطيات نص قوله في العرايا وعامة من روى النهى عن الزانية روى أن النبي ﷺ أرخص في العرايا فلم يكن للتوهم ههنا موضع فنقول الحديثان مختلفان انتهى كلام الشافعي رحمه الله تعالى * وقال في الاملاء فلا موضع للتوهم في أن يكون أحد الأمرين قبل الآخر فيقال أحدهما ناسخ يعني لان رواة أحدهما هم رواة الآخر * وقال في كتاب البيوع من الام

باع به فلان فرسه يشترط في حق الوكيل لا في حق الموكل * ولو قال وكلتك بمخاصمة خصماي فالأظهر جوازه وان لم يعين *

لا يشترط في الموكل فيه أن يكون معلوما من كل وجه فان الوكالة انما جوزناها للعموم الحاجة وذلك يقتضي المساحة فيها ولذلك احتمل تعليقها بالاغرار على رأى ولم يشترط القبول فيها بالقول ولا على الفور ولكف يجب أن يكون معلوما مبينا من بعض الوجوه حتى لا يعظم ولا فرق في ذلك بين أن تكون الوكالة عامة أو خاصة (أما) الوكالة العامة فبين ما نقله الامام وصاحب الكتاب فيها تصويراً وحكماً وبين ما نقله سائر الأصحاب بعض التفاوت ونذكر الطريقين * قال الامام وصاحب الكتاب لو قال وكلتك بكل قليل وكثير ولم يصف الى نفسه فالتوكيل باطل لانه لفظ مبهم بالغ في الابهام ولو ذكر الامور المتعلقة به الذي تجرى فيها النيابة وفصلها فقال وكلتك ببيع أملاكي وتطليق زوجاتي واعتاق عبيدي صح التوكيل فلو قل وكلتك بكل أمر هو لي مما يناب فيه ولم يفصل أجناس التصرفات فوجهان (أحدهما) يبطل كما لو قال وكلتك بكل قليل وكثير (والثاني) يصح لانه أضاف التصرفات الى نفسه فلا فرق بين أن يذكرها بلفظ بيعها وبين أن يفصلها جنسا جنسا والأول أظهر (وأما) سائر الأصحاب فأنهم قالوا لو قال وكلتك بكل قليل وكثير أو في كل أموري أو في جميع حقوقي أو بكل قليل وكثير من أموري أو فوضت اليك جميع الأشياء أو أنت وكيلي فتصرف في مالي كيف شئت لم تصح الوكالة ولو قال وكلتك ببيع أموال واستيفاء ديوني أو استرداد ودائمي أو اعتاق عبيدي صح الوكالة ووجه التفاوت بين الطريقين أنها عللا المنع بأرسال لفظ القليل والكثير

ما ملخصه إن العرايا داخلة في بيع الرطب بالتمر والمزابنة وذلك منهى عنه وخارجة منه منفردة بخلاف حكمه إما بأن لم يقصد بالنهي قصدها وإما بأن أرخص فيها من جملة ما نهى عنه وكأن الشافعي رحمه الله تعالى أشار بهذا التأويل في كلامه إلى النهي عن بيع الرطب بالتمر وعن المزابنة هل هو عام مخصوص أو عام أريد به الخصوص والله أعلم * والفرق بينهما أن الذي أريد به الخصوص يكون المراد فيه متقدماً على اللفظ ويكون ما ليس بمراد متأخراً والعام المخصوص يكون متأخراً عن اللفظ أو مقارناً ويكون المراد باللفظ أكثر مما ليس بمراد ذكر ذلك للمواردى وأطلق على العام المخصوص أنه أريد به العموم ولا يرد عليه أنه متى أريد عمومه كان الإخراج بعد ذلك نسخاً لأن المراد إرادة العموم باللفظ ثم الإخراج منه كما يقول له على عشرة إلا ثلاثة فإن العشرة مراده وليس هو كقولك سبعة على المشهور والله أعلم * وأشار الجوزي إلى أن قول الشافعي لم يقصد بالنهي قصدتها أنها ليست داخلة في المزابنة يعني ويكون الاستثناء منقطعاً وهو خلاف ما قاله الشافعي فإنه صرح مع ذلك أنها

وترك إضافتهما حتى ذكروا وجهين فيما إذا أضافهما والآخرون سوا بين ما إذا أرسل وبين ما إذا أضاف ولم ينقلوا الخلاف في واحد من القسمين وعالموا بأن في تجويز هذه الوكالة غرراً وضراً عظيماً لا حاجة إلي احتماله وهذه الطريقة أصح نقلاً ومعني (أما) النقل فلأن الشافعي رضي الله عنه قال في اختلاف العراقيين وإذا شهد الرجل لرجل أنه وكله بكل قليل وكثيره فالوكالة غير جائزة نص على المنع مع وجود الإضافة (وأما) للمعني فلأن الإنسان إما يوكل فيما يتعلق به سواء نص على الإضافة إلى نفسه أو لم ينص ولهذا قال لو وكل بشراء هذا لم يحتج إلى أن يقول لي (وأما) الوكالة الخاصة ففيها صور (منها) أن يوكل ببيع أمواله أو قضاء ديونه أو استيفائها وقد قلنا صحته عن الطرفين وهل يشترط أن تكون أمواله معلومة قال في التهذيب لو قال وكلتك ببيع جميع مالي وكان معلوماً أو قبض جميع ديوني وهو معلوم لحاز فهذا التفسير يشعر بالاستشرط لكن الأشبه خلافه فإن معظم الكتب لا تعرض لهذا الشرط وفي فتاوى القفال لو قال وكلتك باستيفاء ديوني التي على الناس جاز مجعلاً وإن كان لا يعرف من عليه الدين أنه واحد أو أشخاص كثيرة وأي جنس ذلك الدين وإنما لا يجوز إذالم يبين ما يوكل فيه كأن يقول وكلتك في كل قليل وكثير وما أشبهه هذا لفظه وفي الزم لأبي الحسين العبادي أنه لو قال بع جميع أموالى صح لأنه أعلم بالجملة ولو قال بع طائفة من مالي أو بعضه أو سهماً منه لم يصح لجهالته بالجملة فكان الشرط أن يكون الموكل فيه معلوماً أو بحيث تسهل معرفته ولو قال بع ماشئت من مالي أو قبض ماشئت من ديوني جاز ذكره صاحب المهذب والتهذيب وفي الحلية ما ينزع فيه فإنه قال لو قال بع من رأيت من عبيدى لا تجوز حتى يميز (ومنها) التوكيل

داخلة وقال في باب آخر من الأم أيضاً أنها يعني المزابنة جملة عامة المخرج أريد به الخصوص ويحتمل أن يكون التردد المذكور في كلام الشافعي في أن الرخصة هل وردت مع النهي عن المزابنة على سبيل الاستثناء ووردت وحدها بغير ذلك كما سنذكر في ذلك احتمالين للأصحاب وعلى ذلك حملة ابن الرفعة وعلى ذلك يدل كلامه في الرسالة فإنه قال إن أولى الوجهين عنده أن يكون أراد به ما سوى العرايا وأنه يحتمل أن يكون رخص فيما بعد دخولها في جملة النهي وإن كان مراد الشافعي ذلك فلعله لم يبلغه حديث زيد الثابت في مسلم أن الرخصة كانت بعد ذلك وقد قال الشافعي إن أولى الوجهين عنده أن يكون مانه عن جملة أراد به ما سوى العرايا وحديث زيد يقتضي أن يكون الثاني هو الأول بل المتعين وعلى ما حملته عليه لا يدفعه حديث زيد لأنه تكون الرخصة بعد ذلك

بالشراء فلا يكفي أن يقول اشترى شيئاً أو حيواناً أو رقياً بل يشترط أن يبين أنه عبد أو أمثويين النوع من التركي والهندي وغيرها والمعنى فيه أن الحاجة لا تسكاد تمس إلى عبد مطلق على أي نوع ووصف كان وفي الإبهام غرر ظاهر فلا يحتمل وفي النهاية أن صاحب التقريب حكى وجهاً أنه يصح التوكيل بشراء عبد مطلق وهذا الوجه بعيد ههنا وإذا طرد في شراء شيء كان أبعد لأنه أبعد في التوكيل بشراء شيء وهل يشترط مع التعرض للنوع ذكر الثمن فيه وجهاً (أصحهما) لا وبه قال أبو حنيفة وابن سريج لأن تعلق الغرض بعبد من ذلك النوع نفيساً كان أو خسيساً ليس يبعد (والثاني) أنه لا بد من تقدير الثمن أو بيان غايته بأن يقول بمائة أو من مائة إلى ألف لكثرة التفاوت فيه ولا يشترط استقصاء الأوصاف التي تضبط في السلم ولا ما يقرب منها بالاتفاق نعم إذا اختلفت الأصناف الداخلة تحت النوع الواحد اختلافاً ظاهراً فعن الشيخ أبي محمد أنه لا بد من التعرض له إذا فرغنا على المذهب في اعتبار التعرض للتركي والهندي (وقوله) في الكتاب أو ذكر الثمن ولم يذكر نوعه ففيه خلاف أراد به ما هو المفهوم من ظاهره وهو أن يقول اشترى عبداً بمائة ولا يتعرض لقوله تركياً وهندياً وأثبت الخلاف في هذه الصورة بعد الحكم بأنه لا بد من ذكر التركي والهندي مما لا يتعرض له الأئمة ولأنه ذكر في وسيط صاحب الكتاب فالوجه تأويله على اصطلاح استعماله الإمام وذلك أنه سمي التركي والرومي والهندي أجناساً للرقيق في هذا المقام واتباعاً للعرف وسمى الأصناف الداخلة تحت التركي مثلاً أنواعاً له فيجوز أن يريد صاحب الكتاب ههنا بالنوع ذلك وهو مما شرط التعرض له على ما روينا عن الشيخ أبي محمد وينتظم إثبات الخلاف فيه وحينئذ يكون المعنى أو ذكر الثمن مع كون العبد تركياً أو لم يذكر صفته * ولو قال اشترى عبداً كما تشاء فظاهر

مبينة للعام المتقدم وقد أعاد الشافعي الكلام في ذلك في اختلاف الحديث وهو في الجزء السادس عشر من الأم في باب بيع الرطب من الطعام باليابس وجزم القول بأن للزبنة من العام الذي يراد به الخاص والعرايا لم تدخل في نهية يعني لم تدخل في الإرادة وجزم هناك بأنه لا يجوز إلا أقل من خمسة أسوق وأن الزائد منعه من مفهوم الحديث والتوقيت فيه قال ولو قال قائل هو داخل في الزبنة لكان مذهبا يصح عندنا * واعتلت الحنفية بأمور (منها) حمل العرية على الهبة كما هو التفسير الثاني الذي يدل عليه شعر شاعر الأنصار قالوا فكانه رخص لمن وهب ثمر نخلة لرجل ولم يقبض أن يعطيه عوض ذلك تمرًا ويرجع فيها وسماء يبع لأن ما دفع إليه من التمر كالعوض عما وهب به فتحمل

رأى الشيخ أبي محمد تجويزه لانه صرح بالتفويض التام بخلاف ما إذا اقتصر على قوله اشترى عبدًا فإنه لم يأت ببيان معتاد ولا تفويض تام ولم يكتفى إلا كثر من بذلك وفرقوا بينه وبين أن يقول في القراض اشترى من شئت من العبيد لأن المقصود هناك الربح بنظر العامل وتصرفه فيليق به التفويض إليه وفي التوكيل بشراء الدار يجب التعرض للمحلة والسكة وفي الحانوت للسوق وعلي هذا القياس (ومنها) لو وكله بالابراء قال القاضي الحسين إذا عرف الموكل مبلغ الدين كفى ذلك ولم يجب اعلام الوكيل قدر الدين وجنسه وهذا هو الذي أورده في الكتاب وقال في المذهب والتهذيب لا بد من أن يبين للوكيل قدر الدين وجنسه والأشبه الأول ويخالف ما إذا قال بع عبدى بما باع به فلان فرسه حيث يشترط لصحة البيع علم الوكيل لأن العهدة تتعلق به فلا بد وأن يكون على بصيرة من الأمر ولا عهدة في الابراء ولو كان الموكل جاهلا بقدر ما باع به فلان فرسه لم يضر (وأما) قوله في صورة الابراء ولا علم من عليه الحق فاعلم أن فيه خلافا مبنيًا على الأصل الذي مر في كتاب الضمان وهو أن الابراء محض اسقاط أو تملك فان قلنا اسقاط صح مع جهل من عليه الحق بمبلغ الحق وان قلنا تملك فلا بد من علمه كما أنه لا بد من علم المتهب بما وهب فأذا قوله ولا علم من عليه الحق ينبغي أن يعلم - بالواو - وكذلك قوله علم الوكيل بما قدمناه وقوله يستدعى علم الوكيل يجوز اعلامه - بالواو - أيضًا لانا اذا صححنا الابراء عن المجهول لاعتبر علم الموكل أيضًا ثم ينتظر في صيغة الابراء فان قال أبرى فلان عن ديني أو أبرئه عن الكل وان قال عن شئ منه أو أبرئه عن قليل منه وان قال عما شئت أبرأه عما شاء وأبقى شيئًا (ومنها) اذا وكله بالخصومة فيذكر ما يدخل فيه وما لا يدخل والغرض الآن أنه لو أطلق وقال وكلتك بمخاصمة خصمى هل يصح التوكيل فيه وجهان (أصحهما) نعم ويصير وكيلًا في جميع الخصومات (والثاني) لا بل يجب تعيين من يخصم معه لاختلاف الغرض به وهذا الخلاف قريب من الخلاف الذي مر فيما اذا وكل ببيع أمواله وهى غير معلومة *

العريّة على الحقيقة والبيع على المجاز واختلقوا على هذا في الرخصة فقليل إنها عائدة إلى المعري لأنه وعد فاخلف قال الدينيني^(١) الحنفى يعزى ذلك إلى عيسى بن إبان وقيل إنها عائدة إلى المعري لأنه أخذ العوض عما لم يملكه قالوا وأنتم تحملون البيع على الحقيقة والعريّة على المجاز وهذا ممنوع لأنه تقدم أن للعريّة تفسيرين فلاجاز ولو سلم لوجب حمله على ما قلناه كما دل عليه كلام الشافعى وقاله المصنف فى النكته لوجوه (أحدها) أن المنهى عنه فى أول الجزء البيع فيجب أن يكون المستثنى أيضاً (والثاني) أن الرخصة لا تكون إلا عن خطر والخطر فى البيع لا فى الرجوع فى الهبة (والثالث) أنه قدر

(١) كذا

بالاصل خور

قال ﴿الركن الثانى الموكل بشرطه أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية * فلا يصح توكيل الصبي (ح) والمجنون * ولا يصح (ح) توكيل المرأة فى عقد النكاح * ويجوز توكيل الأب والجد * توكيل الوكيل إلا إذا عرف كونه مأذوناً بلفظ أو قرينة * وفى توكيل الولي الذى لا يهبر تردد لتردده بين الولي والوكيل ﴾ *

يشترط فى الموكل أن يتمكن من مباشرة ما يوكل فيه إما بحق الملك لنفسه أو بحق الولاية على غيره وفى هذا الضابط قيدان (أحدهما) التمكن من مباشرة ذلك التصرف فن لا يتمكن من مباشرة ذلك التصرف كالصبي والمجنون والنائم والمغمى عليه لا يصح منه التوكيل والمرأة لا يصح منها التوكيل فى النكاح وكذا توكيل الفاسق فى تزويج ابنته إذا قلنا لاياله وتوكيل السكران حكمه حكم سائر التصرفات (والثاني) كون التمكن بحق الملك والولاية فيدخل فيه توكيل الأب والجد فى النكاح والمال ويخرج عنه توكيل الوكيل فإنه ليس بملك ولا ولي نعم لو مكنته الموكل من التوكيل لفظاً أو دلت عليه قرينة نفذ وتصلبه سياقى فى الباب الثانى وفى معناه توكيل العبد المأذون لأنه إما يتصرف عن الاذن لا بحق الملك ولا الولاية وفى توكيل الاخ والمم ومن لا يهبر فى النكاح وجهان يعزوان فى النكاح لأنه من حيث لا يعزل كلولى ومن حيث أنه لا يستقل كلوكيل والمحجور عليه بالفلس والسفه والرق يجوز توكيله فيما يستقل به من التصرفات وفيما لا يستقل لا يجوز الا بعد اذن الولي والمولى ومن جوز التوكيل بطلاق امرأة سينكحها أو بيع عبد سيملكه بقياسه تجوز توكيل المحجور بما سيأذن فيه الولي ولم يتعرضوا له ولنعرف فى الضابط المذكور أموراً (أحدها) أنه يستثنى عنه بيع الاعمى وشراؤه فإنه يصح التوكيل وان لم يملكه الاعمى للضرورة (والثاني) أنه اذا انفذ توكيل الوكيل على ما سياقى فنصوبه وكيل الموكل أو وكيل الوكيل فيه خلاف ستقف عليه واذا كان وكيل الوكيل لم يكن من شرط التوكيل كون الموكل مالكا للتصرف بحق الملك والولاية (وقوله) ولا يصح توكيل المرأة فى عقد النكاح معلم - بالحاء - لما اشتهر عن مذهبه *

بخمسة أوسق وما قالوه لا يختص (والرابع) ما تقدم من حديث محمود بن لبيد واعتلوا أيضا بأنه اذا لم يجوز البيع بالخرص وهو على الارض فعلى النخل أولى لأنه أقرب إلى الغرر (وأجاب) المصنف في النكت بأنه هنا تدعو الحاجة اليه وفي الأرض لا تدعو الحاجة اليه لانه لا يمكنه ان يأكل الرطب مع الناس وقد يجوز مع كثرة الغرر للحاجة اليه وما لا يجوز مع قلة الغرر لعدم الحاجة كما قالوا في السلم المؤجل يجوز مع كثرة الغرر ولا يجوز الحال مع قلة الغرر وقال الشيخ ولان في الأرض لم يجعل الخرص طريقا لمعرفة المقدار وفي الشجر جعل الخرص طريقة لمعرفة المقدار ويعرف بها الناس في حال الادخار وهذا الجواب من المصنف يقتضى انه قائل بأنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر في الارض فيما دون خمسة أوسق وهو الصحيح من المذهب وفيه خلاف تقدم عن صاحب التتمة وسأذكره ان شاء الله تعالى واعتلوا أيضا بأن ذلك كان قبل تحريم الربا ويطلبه استثناءؤها من المزابنة وهذا يدل على انه بعد تحريم الربا ولأنه لو كان كذلك لم يحتج الى الخرص واعتلوا أيضا بأمور أخر لا متعلق لهم بها (وأما) مالك رحمه الله تعالى فهو وان وافق على مقتضى الحديث يفسر العرايا بتفسير أخص مما يقوله الشافعي وهو

قال ﴿ ان ركن الثالث الوكيل ويشترط فيه صحة العبارة وذلك بالتكليف * ولا يصح (ح) توكيل الصبي الا في الاذن في الدخول وايصال الهدية على رأى * ولا يصح توكيل المرأة (ح) والمحرم (ح) في عقد النكاح * والاظهر جواز توكيل العبد والفاسق في ايجاب النكاح * وكذا المحجور بالسفه والفلس اذ لا خلل في عبارتهم * ومنع استقلالهم بسبب أمور عارضة ﴾ *

كما يشترط في الموكل التمكن من مباشرة التصرف للموكل فيه بنفسه يشترط في الوكيل التمكن من مباشرته بنفسه وذلك أن يكون صحيح العبارة فيه فلا يصح توكيل الجنون والصبي في التصرفات واستثنى في الكتاب الاذن في دخول الدار والمالك عند ايصال الهدية في اعتبار عبارته في الصورتين وجهان سبق ذكرهما في أول البيع فان جاز ذلك فهو وكيل من جهة الاذن والمهدى واعلم أن تجوزهما اذا كان على سبيل التوكيل فلأنه وكل بأن يوكل غيره فامتياز تخريجه على الخلاف في أن الوكيل هل يوكل فان جاز لم أن يكون الصبي أهلا للتوكيل أيضا وعند أبي حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى يصح توكيل الصبي المميز والمرأة والمحرم مسلو با العبارة في النكاح فلا يتوكلان فيه كما لا يتوكلان خلافا لأبي حنيفة وذكر في التتمة أنه لا يجوز توكيل المطلقة الرجعية في رجعة نفسها ولا توكيل المرأة امرأة أخرى لان الفرج لا يستباح بقول النساء وأنه لا يجوز توكيل المرأة في الاختيار في النكاح إذا أسلم الكافر علي أكثر من أربع نسوة وفي الاختيار للفراق وجهان سبق ذكرهما في باب معاملة العبيد وفي توكيله في قبول النكاح بغير إذن السيد وجهان (أصحهما) الجواز وانما لم يجوز قبوله لنفسه

أن يهب الرجل الرجل تمر نخلة أو نخلات ثم يتضرر بمداخلة الموهوب له فيشتريها بخبرها تمرًا وهذه الصورة عندنا من جملة العرايا لكن الخلاف معه في قصرها على ذلك فقل إنه لا يجوز بيعها من غير صاحب البستان إلا بعرض أو قد ونحن نقول يجوز وفل إنه يجوز ذلك نسيئة وزاد حتى قال لا يجوز تقدا على ما حكى عنه وعلى هذا لا تنقي صورة في العرايا يحصل فيها اتفاق بيننا وبينه لأن مادون خمسة أوسق نجيزه نحن تقدا ولا نجيزه نسيئا وهو لا يجيزه وبجيزه نسيئا في بعض الصور وجوز شراءها لمعريها ولورثته وكذلك يجوز عنده شراء ثمرة نخلة أصلها لغيره في حائطه قال وليس بقياس ولكنه موضع تخفيف ونقل الماوردي عنه أنه يجوز ذلك جبرا ويجريه مجرى الشفعة خوفا من سوء المشاركة واختلفت المالكية في دالة الجواب في منعها من المعري فقيل لوجهين إحداهما دفع ضرر دخوله وخروجه أو لمرق في الكفاية وقال بعض كبار أصحاب مالك رحمه الله لا يجوز إلا لدفع الضرر خاصة وأنه إذا أعري خمسة أوسق أو دونها لم يجز أن يشتري بعض عريته لأن الضرر الذي أرخص به قائم قاله في تهذيبهم قال الشافعي في اختلاف الحديث ووافقنا بعض أصحابنا في جملة قولنا في بيع العرايا ثم عاد فقال لا تباع إلا من صاحبها الذي أعراها إذا تأذى بدخول الرجل عليه بتمر إلى الجذاذ فالشافعي رضى الله عنه كما عليه أجلها فتحل لكل مشتر ولا حرمها فقول قول من حرمها وزاد فقال تباع بتمر نسيئة والنسيئة عنده في الطعام حرام وزاد أن أجلها إلى الجذاذ فجعل الطعام بالطعام إلى أجل وإلى أجل مجهول لأن الجذاذ مجهول واحتج المنتصرون لك رحمه الله في تفسير العرية بذلك بقول ابن عمر كانت العرايا أن يعري الرجل في ماله النخلة والنخلتين رواه البخاري

لما أن يتعلق به المهر ومؤون النكاح وفي توكيله في طرف الايجاب وجهان (أحدهما) المنع لانه لا يجوز أن يزوج ابنته فأولى أن لا يزوج ابنة غيره (والثاني) الجواز لصحة عبارته في الجملة وإنما لم يل امر ابنته لانه لا يتفرغ للبحث والنظر وههنا ثم البحث والنظر من جهة الموكل وهذا أظهر عند صاحب الكتاب والأول أظهر عند المعظم وربما لم يذكره غيره وتوكيل المحجور عليه بالسف في طرفي النكاح كتوكيل العبد وتوكيل الفاسق في ايجاب النكاح كتوكيلها إذا سلمنا الولاية بالفسق ولا خلاف في جواز قبوله بالوكالة والمحجور عليه بالفاس يتوكل فيما لا يلزم ذمته عهدة وكذا فيما يلزم عهدة على الأصح من الوجهين كما أن شراءه صحيح على الصحيح ويجوز توكيل المرأة في طلاق زوجة الغير على أصح الوجهين كما يجوز أن يفوض الزوج طلاق زوجته إليها وقوله في الكتاب ومنع استقلالهم بأمور عارضة أي هم صحيحو العبارة ولو الحال وإنما منعناه لأنه لو تعرض فيمنع استقلالهم بالتصرف لا مطلق التصرف على ما مر *

تعليقا عن محمد بن اسحق وقال البخاري وقال يزيد عن سفيان بن حسين العرايا نخل كانت توهب
للمساكين فلا يستطيعون أن ينتظروا بها رخص لهم أن يبيعوا بما شاءوا من التمر و بشعر شاعر
الأنصار المتقدم (قلت) وقد وجدت لهم ما هو أولى بأن يتعمتوا به فن ذلك وهو الحديث الذي تقدم
قريبا عن معجم الطبراني عن زيد بن ثابت قال رخص رسول الله ﷺ في العرايا النخلة والنخلتين
يوهبا للرجل فيبيعها بخرصها تمرا وليس فيه دليل لأنه لم يخص أن الواهب هو الذي يتناع كما تقدم
وكما سنده كره إن شاء الله تعالى قال الامام أبو الفتح بن دقيق العيد ويشهد لتأويل مالك أمران
أحدهما أن العرية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم وقد نقلها مالك هكذا (والثاني) قوله
رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها فانه يشعر باختصاصه نصفه يتميز بها عن غيره وهى الهبة
الواقعة (قلت) أما الاول فانه معارض بقول يحيى بن سعيد الأنصارى أحد شيوخ مالك وهو أيضا مدني
عالم فني صحيح مسلم عن يحيى بن سعيد أنه قال العرية أن يشتري الزجل تمر النخلات بطعام أهله
رطباً بخرصها تمرا وهذا هو قولنا وأما الثاني فان الهبة هي التي يتميز بها عن غيره مختصة بمشتري
العرية لا يبايعها فلو كان كذلك لقال رخص لصاحب العرية أن يشتريها والحديث إنما قال أن
يبيعها وأما قول ابن عمر وحديث زيد بن ثابت الذي ذكرته لهم فليس فيه ما يدفع قولنا ونحن

﴿ فرع ﴾ توكيل المرتد في التصرفات المالية يبني على انقطاع ملكه وبقائه إن قطعناه لم
يصح وإن أبقيناه صح وإن قلنا إنه موقوف فكذلك التوكيل ولو وكل ثم ارتد ففي ارتفاع التوكيل
الاقوال ولو وكل مرتد أو ارتد التوكيل لم يقدح في الوكالة لان التردد في تصرفه لنفسه لا لغيره
هكذا نقل الاصحاب عن ابن سريج وفي التتمة أنه يبني على أنه هل يصير محجورا عليه ان قلنا
نعم انعزل عن الوكالة والا فلا *

قال ﴿ الركن الرابع الصيغة ولا بد من الايجاب ﴾ وفي القبول ثلاثة أوجه * الا عدل هو
الثالث وهو أنه لو أتى بصيغة عقد كقوله وكذلك أو فوضت يشترط القبول * وإن قال بع أو أعتق
فيكفي القبول بالامتنال كما في اباحة الطعام * وإذا لم يشترط قبوله ففي اشتراط علمه مقرونا بالوكالة
خلاف * ولا خلاف في أنه يشترط عدم الرد منه * فان رد انفسخ لأنه جائز * وفي تعليق الوكالة
بالاقرار خلاف مشهور * فان منع فوجد الشرط فقد قيل يجوز التصرف بحكم الاذن * وفائدة فساده
سقوط الجعل المسمى والرجوع الى الاجرة * ولو قال وكذلك في الحال ولا تتصرف الا بعد شهر فهو
جائز (و) يلزمه الامساك * ومهما صححنا التعليق فقال مهما عرلنك فأنت وكيل فطريقه في العزل
أن يقول ومهما عدت وكيل فأنت معزول حتى يقاوما في الدور ويبقى أصل الحجر *

نسلم أن العرية كانت تطلق على ذلك لأن الاشتقاق حاصل فيها وهو كونها مفردة وأكثر ما كان يقع الأفراد بذلك السبب ولذلك جاءت الرخصة لأصحاب العرايا على ما هو العالب ولكنه لم يقل أن يبيعها من معريها بل أطلق فيبقى على إطلاقه وله أن يبيعها ممن شاء ولهذا في حديث سهل بن أبي حثمة الذي في صحيح مسلم عن النبي ﷺ أنه رخص في بيع العرية النخلة والنخلين يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطباً فقله أهل البيت مطلق وليس في شيء من الأحاديث الواردة في ذلك أن ذلك يختص ببيعها من المعري فيتعين أن يكون جواز البيع مطلقاً من كل أحد ولا يضرنا أن نسلم أن أصحاب العرايا هم الذين وهبت له النخلات وردت الرخصة لهم في البيع (فإن قلت) فعلى هذا لا تكون الرخصة للبائع والظاهر من حديث زيد وغيره أن الرخصة للمشتري الذي لا تقديده رخص له أن يشتري الرطب لحاجته إليه بالتمر (قلت) الرخصة لكل منهما رخص للمشتري أن يشتري كذلك ورخص للبائع أن يبيع لأنه كان ممنوعاً قبل ذلك من بيع الرطب بالتمر وسبب الرخصة في حقه أمران (أحدهما) حاجة المشتري إليه وهو الذي لا رطب عنده أعني الذي تقتضي العادة أنه يطلب شراء الرطب ويرشد إلى ذلك قوله ﷺ « يأكلونها رطباً » (والثاني) أن أصحاب العرايا هم المساكين الذين وهبت منهم وظاهر حالهم الحاجة وقد لا تنصبر النفس على أكل الرطب دائماً وتطلب التمر الذي هو القوت المعتاد عندهم ولا كذلك أصحاب النخيل الذين ليسوا من المساكين فأنهم مستغنون عن البيع في الحال جملة وظاهر حالهم الفنى عن شراء الرطب والتمر معاً فلذلك والله أعلم وردت الرخصة في حق أصحاب العرايا لأنهم مظنة البيع لا لأن فيهم

الفصل يشتمل على مسألتين (أحدهما) لا بد من جهة الموكل من لفظ دال على الرضا بتصرف الغير له والا فكل أحد ممنوع عن التصرف في حق غيره وذلك مثل أن يقول وكلتك بكذا وفرضته إليك وانبتك فيه وما أشبهها ولو قال بع وأعتق ونحوها حصل الإذن وهذا لا يكاد يسمى إيجاباً وإنما هو أمر وإذن والإيجاب هو قوله وكلتك وما يضاهيه وعلى هذا فقله في الكتاب ولا بد من الإيجاب أى وما يقوم مقامه وأما القبول فإنه مطلق بمعنيين (أحدهما) الرضا والرغبة فيما فوض إليه وتقيضه الرد (والثاني) اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأول حتى لو رده وقال لا أفعله أولاً فعمل بطلت الوكالة ولو ندم وأراد أن يفعل لا ينفع بل لا بد من إذن جديد وذلك لأن الوكالة جائزة ترتفع في الدوام بالفسخ فلا تنزيد في الابتداء بالرد كان أوجه وأما بالمعنى الثاني فقد نقل الامام طريقتين (أحدهما) أن في اشتراطه وجهين (أحدهما) المنع لأنه إباحة ورفع حجر فأنشبه إباحة الطعام ولا يفتقر إلى القبول اللفظي (والثاني) الاشتراط لأنه إثبات حق التسليط والتصرف للوكيل فلا يقبل كما في سائر التوكيلات والثانية عن

معنى مصححاً للبيع ليس في غيرهم فأصحاب العرايا هم البائعون والمشتري لم يرد في شيء من الأحاديث فيه تقييد إلا في حديث محمود بن لبيد عن زيد من ذكر المحايج وليس أولئك بمقصودين بأصحاب العرايا والله أعلم * ومما يبعد ما ذهب إليه المالكية أنه لو كان الرخصة في ذلك لاجل ضرر اللدخلة لم تفتقر الحال بين خمسة أوسق وما فوقها وقد سلمت المالكية اختصاصها بالخسة الأوسق كما في الحديث والله أعلم * واشترط الحرق من الحنبلية كون العرية موهوبة من بائعها كما قاله مالك والطاهر عندهم خلافه والله أعلم * وقد جمع الماوردي مرجحات المذهب في خمسة أوجه استندوها عن الزاينة وثباتها بلفظ الرخصة المشعر بتقدم الخطر ولفظ البيع المفتحي عوضها واعتبار المساواة بالحرص وتقديرها بقدر مخصوص وبسط ذلك معلوم مما تقدم قال القاضي أبو الطيب والمسألة مبنية على السنة ولا قياس فيها يتعول عليه وقد أفاد كلام المصنف في التصوير شروطاً كلها موجودة في مختصر الزنى (أحدها) أن يحرص ما يلى النخل من الرطب أى رطباً ويحرص ما يحى منه إذا جف فيأتى المتبايعان إلى النخل ويحررانها ويقولان فيها الآن وهى رطب سنة أوسق مثلاً وإذا يبست وجفت صارت أربعة أوسق فتباع بأربعة أوسق تمرأ فإن زاده على الأربعة مدا أو نقصه مدا لم يحز لظهور المفاضل ولا يفر كون الرطب الآن أكثر من خمسة أوسق فأما حرصه رطباً فلا بد منه وإن حرص ما يحى منه جافاً فسيأتى فيه شيء عن أحمد في الشرط الثالث مما نحن نتكلم فيه إن شاء الله تعالى في كيفية الحرص مستوفى في باب زكاة النبات (الثانى) أن يكون الثمن الذى يباع به معلوماً بالكبل لقوله ثم يبيع ذلك بقدره وهذا لا خلاف فيه عند القائلين

القاضى الحسين أن الوجهين فيما إذا أتى بصيغة عقد بأن قال وكلبك أو فوضت اليك فأما فى صيغ الامر نحو بيع واشترى فلا يشترط القبول باللفظ جزءاً بل يكفى الامتثال على المعتاد كما فى إباحة الطعام وإذا اختصرت خرج من الطريقتين ثلاثة أوجه كما ذكر فى الكتاب والطريقة الثانية هى التى ذكرها فى التمهة وجعل قوله أذنت لك بمثابة قوله بيع وأعتق لا بمثابة قوله وكلبك وإن كان إذا على صيغ العقود قال والمذهب أنه لا يعتبر فى الوكالة القبول لفظاً وهذا ما أجاب به فى التهذيب وآخرون وإن مال صاحب الكتاب إلى الوجه الفارق وسماء أعدل الوجوه (التفرع) إن شرطنا القبول فهل يجب أن يكون على التوضيح الذهب أنه لا يجب لاه عتق يحتمل من الرما من الجهة عتق يحتمل فيه تأخير النبيل كالوصية وعن القاضى أبى حامد أنه يجب أن يكون على الفور كالبيع وعن القاضى الحسين أنه يكتفى بوقوعه فى المجلس هذا فى القبول اللفظى (فأما) بالمعنى الاول فلا يجب التعجيل بحال ولو خرج على أن الامر هل يقتضى الفور لما بعدو إن لم يشترط الفور فلو وكاه والوكيل لا يشعر به هل تثبت وكلته قال فى النهاية فيه وجهان يقر بان

بأباحة بيع العرايا ومسنده حديث زيد بن ثابت رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ رخص فى العرايا أن تباع بخرصها كيلا هذا لفظ البخارى ومسلم جميعا قال البخارى وقال ابن ادريس لا يكون إلا بالسكيل من التمر يدأيد لا يكون بالجفاف وما يقويه قول سهل بن أبي حشمة بالأسوق الموسقة هذا لفظ البخارى يريد بذلك أن الأسوق لا تكون إلا كيلا ولأن الاصل اعتبار السكيل من الطرفين سقط فى أحدهما للتعذر فيجب فى الآخر على الاصل وان ترك السكيل من الطرفين بكثرة الغرر وفى تركه من أحدهما تقايل الغرر ولا حاجة الى التطويل فى ذلك فإنه لا خلاف فيه فلا يجوز بيع تمر جزافا وقد صرح بذلك الشافعى فى الأم والرويانى فى البحر وابن ادريس الذى نقل البخارى عنه هو عبد الله بن ادريس الأودى وعلى ذهني أن بعضهم قل انه الشافعى ولم يحضرنى موضعه الآن والمشهور الأول (الثالث) أن يكون البيع بقدر ما يحى منه تمرًا ولا يضركون الرطب الآن أكثر من خمسة أسواق كما تقدم تمثيله وهذا هو المشهور عند القائلين بالعرايا ونقل حنبل عن أحمد أنه قال بخرصها رطبًا ويعطى تمرًا خرصه قل ابن قدامة منهم وهذا يحتمل الاول أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذى عليها لأنه بيع اشترط المماثلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ولأن الاصل اعتبار المماثلة فى الحل وأن لا يباع الرطب بالتمر خوفاً الاصل فى بيع الرطب بالتمر فبقى ما عداه على قصة الدليل والصحيح عندهم خلاف هذا والجواب عن الدليلين المذكورين لا يخفى وعلى الاحتمال الآخر يكون خرصها تمرًا لاحاجة اليه عندهم قل القاضى والاول أصح لانه مبني على خرص الثمار فى العشر والصحيح ثم خرصه تمرًا (الرابع) أن يتقاياض فتى تفرقا قبل

من القولين فى أن العزل هل ينفذ قبل بلوغ الخبر الوكيل فالوكالة أولى بان لا تثبت لانه تسلط على التصرفات فان لم تثبت فهل نحكم بنفوذها حالة بلوغ الخبر كالعزل أم لا وفيه وجهان عن رواية الشيخ أبى محمد ان لم نحكم به فقد شرطنا اقتران علمه بالوكالة والاظهر ثبوت الوكالة وان لم يعلم وعلى هذا فلو تصرف الوكيل وهو غير عالم بالتوكيل ثم تبين الحل خرج على الخلاف فيما اذا باع مال أبيه على ظن أنه حى وكان ميتًا ومن فروع هذا الخلاف أنا حيث لا يشترط القبول نكتفى بالكتابة والرسالة ونجعله مأذونا فى التصرف وحيث اشترطناه فالحكم كما لو كتب بالبيع الذى أجاب به القاضى الرويانى فى الوكالة بالجواز (ومنها) اذا اشترطنا القبول فى الوكالة فلو قال وكلني بكذا فقال الموكل وكلتك هل يشترط القبول أم يقام مقامه قوله وكلني فيه خلاف كما فى البيع ونحوه ثم قيل الوكالة أحوج للاشتراط لانها ضعيفة ولو عكس موجهها بان الوكالة يحتمل فيها ما لا يحتمل فى البيع فكانت أولى بعدم الاشتراط لكان أقرب (الثانية) إذا عاق الوكالة بشرط فقال اذا قدم زيد

التقايض فسد العقد نص عليه الشافعي رحمه الله تعالى والاصحاب من غير خلاف فيه والتقايض في التمر ظاهر بالسكيل والنقل (وأما) في الرطب الذي على النخل فبالنخلية بين المشتري وبين النخلية هكذا نص الشافعي والاصحاب وهذا المراد بقوله وليسلم اليه قبل التفرق قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأم ولا يجوز البيع فيها حتى تقبض النخلية بثمرها ويقبض صاحب النخلية التمر بكيه ولا خلاف عندنا وعند الحنابلة في ذلك وقد تقدم من حكاية الشافعي وعن مالك جواز ذلك الى الجذاذ ويحتمل في ذلك كاف واستشكل ابن الرفعة الاكتفاء بالنخلية اذا قلنا بالقديم وهو أن التمرة تكون من ضمان البائع الى أن ^(١) القطع ولا يشترط حضور التمر عند تمر النخل بل لو تبايعا بعد رؤية التمر والتمر ثم خلى بينه وبين الثمرة ثم مشيا الى الثمر فسلمه جار قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمتولى والبعوى قال الرفاعي ويشترط في هذه المدة أن لا يفترقا قل الماوردي فاذا افترقا لزمت العرية ولا خيار ثم المشتري بعد ذلك أن يحتج ثمرة النخلية حالا بعد حال عند ادراكها ﴿ فرع ﴾ لو باع الرطب على الأرض بالتمر هل يجري حكم العرايا فيه فيصح في خمسة أوسق أو دونها قال الحاملي لا خلاف على المذهب أنه لا يجوز لأن معني العرايا لا يوجد فيه وبذلك جزم كثيرون وقد حكى في طريق المرازمة وجهان حكاهما الفوراني والمتولى والامام وأما الزائد على الخمسة فلا يصح جزما وقد تقدم التنبيه على ذلك *

(١) يياض
بالاصل فحرر

أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك بكذا أو أنت وكيل في فيه وجهان (أحدهما) ويحكي عن أبي حنيفة وأحمد أنها تصح لأنها استنابة في التصرف فاشبهت عقد الامارة فانها تقبل التعليق على ما قال عليه الصلاة والسلام فان أصيب جعفر فزيد (وأظهرها) لمنع كما أن الشركة والمضاربة وسائر العقود لا تقبل التعليق وخرج بعضهم الخلاف على أن الوكالة هل تفتقر الى القبول (إن قلنا) لا تفتقر جاز التعليق وإلا لم يجوز لأن فرض القبول في الحال والوكالة لم تثبت بعد بعيد وتأخرها الى أن يحصل الشرط مع الفصل الطويل خارج عن قاعدة التخاطب ولو تجز الوكالة وضرب للتصرف شرطاً بأن قال وكلتك الآن يبيع عبدي هذا ولكن لا تبعه حتى يحيى رأس الشهر صح التوكيل بالاتفاق ولا يتصرف الا بعد حصول الشرط. وتصح الوكالة المؤقتة مثل أن يقول وكلتك إلى شهر قاله العبادي في الرقم ويتعلق بالخلاف في تعليق الوكالة قاعدتان (إحداها) إذا أفسدنا الوكالة بالتعليق فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط ففي صحة التصرف وجهان (أصحهما) الصحة لأن الاذن حاصل وإن فسد العقد فصار كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً فقل بع كذا على أن لك العشر من ثمنه تفسد الوكالة لكن لو باع صح (والثاني) وانه قال الشيخ أبي محمد انه لا يصح لفساد العقد ولا اعتبار

﴿ فرع ﴾ قال صاحب التتمة إذا اشترى الرطب بالتمر يعني في العرايا فإن أكل الرطب ولم يحففه فالعقد ماض على الصحة وإن جففه فكان بقدر التمر أو كان التفاوت بقدر ما بين السكيلين فالعقد نافذ وإن ظهر بينهما تفاوت ظاهر يحكم بطلان العقد لظهور ما يوجب الفساد جزم بذلك المتولى ولم يحك فيه خلافاً وذكره صاحب البحر عن بعض أصحابنا كما في التتمة واقتصر عليه وكذلك في تعليق القاضى حسين أنه قاله بعد السؤال في الدرس وفيه وجه أنه يصح من الكثير بقدر القليل ولشترى الكثير الخيار حكاه البغوى والرافعى *

﴿ فرع ﴾ يجوز أن يقع العقد على الذمة فيقول بعثك ثمرة هذه النخلة بكذا وكذا من التمر ويصفه ويجوز أن يقع على معين فيكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول بعثك هذا بهذا فان باعه بمعين فقبضه بنقله وان باعه بموصوف فقبضه باكتياله ولا يتفرقا قبل القبض قاله الحاملى وهو مذهب أحمد أيضاً *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعى رحمه الله تعالى والجائحة في العرايا والبيع غيرها سواء *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردى والرويانى لا تجوز العرية الا فيما بدا صلاحه بسراً كان أو رطباً فنبه بذلك على اشتراط بدو الصلاح وعلى أن حكم البسر حكم الرطب وقل من نبه عليه من الأصحاب وعلل الرويانى الأول بأنه وقت الحاجة (وأما) الثانى فلائى الحاجة الى البسر كالرطب والله أعلم * وقد تقدم عن الماوردى الخلاف فى بيع الطلع بالتمر وذلك فى غير العرايا فهذا الكلام من هنا يجب أن يكون تفرعاً على القول بالمنع هناك ومتى جاز فى غير العرايا جاز فيها بطريق أولى *

بالاذن الذى يتضمنه العقد الفاسد ألا ترى أنه لو باع بيعاً فاسداً وسلم المبيع لايحوز المشتري التصرف فيه وان تضمن البيع والتسليم الاذن فى التصرف والتسليم عليه قال فى التتمة وأصل المسألة ما إذا كان عنده رهن لدين مؤجل فاذن المرتهن فى بيعه على أن يعجل حقه من الثمن وفيه اختلاف قد تقدم وهذا البناء يقتضى ترجيح الوجه الثانى لأن النص وظاهر المذهب هناك فساد الاذن والتصرف (فان قلنا) بالصحة فأثر فساد الوكالة أنه يسقط الجعل المسمى ان كان قد سمي له جعلاً ويرجع الى أجرة المثل وهذا كما أن الشرط الفاسد فى النكاح الفاسد يفسد الصداق ويوجب مهر المثل وإن لم يؤثر فى النكاح (الثانية) إذا قال وكلتك بكذا ومهما عزلتك فأنت وكيلى ففى صحة الوكالة فى الحال وجهان (أحدهما) الصحة ووجه المنع اشتغالها على الشرط الفاسد وهو الزام العقد الجائز (فان قلنا) بالصحة أو كان قوله مهما عزلتك مفصلاً عن الوكالة فإذا عزله نظر ان لم يشعر به الوكيل واعتبرنا شعوره فى نفوذ العزل فهو على وكالته وان لم نعتبره أو كان شاعراً به ففى عوده وكيلاً بعد العزل وجهان مبنيان على أن الوكالة

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وهل يجوز للأغنياء فيه قولان (أحدهما) لا يجوز وهو اختيار المزنى لأن الرخصة وردت في حق الفقراء والأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة فحق في حقهم على الحظر (والثاني) أنه يجوز لما روى سهل بن أبي حثمة قل نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر إلا أنه رخص في العرايا أن يتباع بخرصها تمرًا يأكلها أهلها رطبًا ولم يفرق ولأن كل بيع جاز للفقراء جاز للأغنياء كسائر البيوع ﴾ *
 ﴿الشرح﴾ حديث سهل هذا رواه البخاري ومسلم رحمه الله تعالى وغيرهما وله ظا البخاري أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر وخصص في بيع العربية أن يتباع بخرصها يأكلها أهلها رطبًا ولفظ مسلم قريب منه وفي رواية الترمذي زيادة وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل تمر بخرصه بعد قوله العرايا * واللفظ الذي ذكره المصنف لفظ رواية الشافعي كذلك روينا عنه في السنن من رواية المزنى وفي المسند من رواية الربيع في السنن العرايا وفي المسند العربية وفيها يأكلها أهلها رطبًا والأهل الذين يأكلونها رطبًا هم المشترون بلا شك وفي رواية البخاري الأخرى يبيعها أهلها فجعل الأهل بائعين ويصح إطلاق الأهل على كل منهما على البائع قبل البيع وعلى المشتري بعده لكن قوله يأكلونها رطبًا لا يصح أن يعود على الأهل البائعين لأنهم لا يأكلونها رطبًا بل يأخذون الثمن فهو عائد علي معلوم في النفس وإن لم يجر له ذكر أى يأكلها الذين يبتاعونها رطبًا وقد يتعسف متعسف فيجعل الأهل في قوله يبيعها أهلها منصوبًا ويكونوا مشترين لا بائعين أى يبيعها من أهلها ويصح عود الضمير عليه بعد ذلك إن كان باع لا يتعدى إلى مفعولين بنفسه والله أعلم * والحرص بالكسر تقدم التنبيه عليه (وأما) حكم المسألة ففيها طريقتان (أحدهما) القطع بعموم الرخصة للأغنياء والفقراء وهذه الطريقة مقتضى كلام أبي حامد والمحاملي كما استعرفه ونسبها الماوردي إلى جمهور الأصحاب وهى الطاهر من كلام الشافعي (والثانية) فيها قولان وهى التى

هل تقبل التعليق لانه علق التوكيل ثانيا بالعزل (أظهرها) المنع (والثاني) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله أنه يعود وكىلا فعلى هذا ينظر فى اللفظة الموصولة بالعزل ان قال اذا عزلتك أو مهما أو متى لم يقتض ذلك عود الوكالة الامرة واحدة وان قال كما عزلتك اقتضى العود مرة بعد أخرى لأن كلما تقتضى التكرار دون غيرها على ما استعرفه فى أبواب الطلاق ان شاء الله تعالى فلو أراد أن لا يعود وكىلا فسبيله أن يوكىل غيره بعزله فينعزل لأن المعلق عليه عزل نفسه فان كان قد قال عزلتك أو عزلك أحد من قبلى فالطريق أن يقول كلما عدت وكىلى فأنت معزول فاذا عزله ينعزل لتقاوم التوكىل والعزل واعتماد العزل بالاصل وهو الحجر فى حق الغير قال الامام رحمه الله وفيه نظر على بعد متلقى عن استصحاب الوكالة * واعلم أن الخلاف فى الوكالة هل تقبل التعليق جار فى أن

أوردتها القاضي أبو الطيب والمصنف والعمرائي والبخوي والرائعي وآخرون وحكماها الفوراني وجهين (أحدهما) يختص بالفقراء ولا يجوز للأغنياء وهو اختيار المزني والمشهور عن أحمد كما ذكره المصنف وهذا نظر إلى حديث محمود قد تقدم أنه ليس في الكتب المشهورة لكني وجدت على حاشية نسخة شيخنا الدمياطي من المذهب إشارة بخط غيره تقتضي نسبة ذلك إلى مسند أحمد فلي هذا الأغنياء لا يشاركونهم في ذلك فيبقى على الأصل من تحريم الزاينة المجمع عليه الثابت بالأحاديث المشهورة و أر هذا القول منصوفاً للشافعي ولكن المزني في المختصر قال اختلف ما وصف الشافعي في العرايا قال لم الشيخ أبو حامد إنه يشير بذلك إلى أن الشافعي قل في موضع آخر يخص بذلك المحتاجون قال الشيخ أبو حامد وليس الأمر على ما قدره وإنما الشافعي تكلم على ما قلنا من ذلك حيث قال ذلك في الواهب يشتري الرطب من الوهوب له بالقر فقال لا يمكنك على هذا استعمال قوله في الخبر « يا كاهلها أهلبها رطباً » لأن من يشتري الرطب على هذا الوجه لا يشتريه ليأكله مع الناس فإن جميع بستانه الرطب وإنما يشتريه ليدفع عن نفسه الفرة بدخول الوهوب له عليه وعلى عياله والخبر يقتضي أنه يشتريه ليأكله مع الناس فتعد هذا دون تخصيص أهل الحاجة باتباع ذلك ومنع الأغنياء منه وهذا الذي قاله الشيخ أبو حامد صحيح ويؤيده أن المزني نقل ذلك عن اختلاف الحديث والاملاء والذي فيهما ما ذكر دون القول بالمنع فينبغي أن يقطع بقول الجواز ولا يعزى للشافعي غيره ويجعل قول المنع مذهباً للمزني والله أعلم * وهو مقتضى كلام أبي حامد والحاملي ونبه المصنف بقوله الأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة على امتناع القياس لعدم المشاركة في العلة لأجل كون ذلك وارداً على سبيل الرخصة فإن مذهبنا جواز القياس في الرخص إذا حصل

العزل هل يقبله ولكن بالترتيب والعزل أولى بقبوله لأنه لا يشترط فيه القبول واشترطه في الوكالة مختلف فيه وتصحيح ارادة الوكالة والعزل جميعاً مبني على قبولها المتعاقب ثم قال الامام رحمه الله إذا نفذنا العزل وقلنا تعود الوكالة فلا شك أن العزل ينفذ في وقت وان لطف ثم تترتب عليه الوكالة فلو صادف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف هل ينفذ فيه وجهان للاصحاب وإنما كان يصح هذا الفرض والتصوير أن لو وقع بينهما ترتيب زمني حتى يتصور وقوع التصرف بينهما لكن الترتيب في مثل هذا لا يكون الا عقلياً (وقوله) في الكتاب وفي تعليق الوكالة بالاغرار الاخطار وإنما يقع هذا اللفظ بالاستحقاق على ما فيه خطر كقدوم زيد ومجيء المطر وان لم يكن في الحكم فرق فيمن بينه وبين ما يوثق به كجىء الشهر (وقوله) ويلزم الامتثال أى لا يجوز له التصرف في الشهر لأنه يجب عليه خارج الشهر فان الامر الى اختياره *

الاشترك في العلة كغيرها وسيأتى في توجيه القول الثانى ما يظهر به الجواب عما قاله المزنى وقد تلقنه الشيخ أبو محمد عن الأصحاب نصيح هذا القول ونظر فيه لى حديث محمود ابن لبيد عن زيد مع أصل سند ذكره عنه وجوابه ان شاء الله تعالى (والقول الثانى) يجوز وهو ظاهر للذهب والمنصوص فى الأم قال الشافعى فى الام والذى أذهب له أن لا بأس أن يبتاع الرطب للعرايا فيما دون خمسة أسواق وان كان مؤبراً ودفعه جماعة منهم الامام والرافعى والنووى وابن أبى عسرون وقد تقدم أن جماعة جزموا به ومن جماعتهم سليم فى الكفاية وغيره لم يذكروا فيه خلافاً وهو الخنزار ورواه اسماعيل بن سعيد عن أحمد بن حنبل لاطلاق حديث سهل بن أبى حشمة فإنه لم يفرق بين الفقراء والاغنياء لارحامه عليه السلام فى العرايا من غير تقييد بالضرورة ولأنه إنما يريد الرطب شهوة ولو ائتمرت الضرورة لرخص فى صاع ونحوه بما يزيلها وقد أبيع أكثر منه (فان قلت) اذا كانت الرخصة مخالفة فى بعض الاحادىث مقيدة فى بعض فملاحمتهم المطلق على المقيّد (قلت) ليس مانع فيه من هذا القبيل لأن الاطلاق والتقييد من عوارض الالفاظ فاذا ورد لفظ مطابق ولفظ مفيد بقيد لفظى فهو الذى يحمل فيه المطلق على التقييد بشرطه وأما هنا فليس فى لفظ الشارع ذكر قيد الحاجة وإنما رخص لأقوام وقرينة الحال ما هم عليه وسؤالهم يقتضى

﴿ الباب الثانى فى حكم الوكالة ﴾

قل ﴿ ولما ثلاثة أحكام (الأول) صحة ما وافق من التعرفات وبطلان ما خالف * وتعرف الموافقة باللفظ مرة * وبالقرينة أخرى * وبيانها بصور سبع (الأولى) إذا قال بع مطلقاً فلا يبيع بالعرض (ح) ولا بالنسيئة (ح) ولا بما دون ثمن المثل (ح) الا قدراً يتعابن الناس بمثله كالواحد فى عشرة ﴾ *

للوكلة الصحيحة أحكام منها صحة تصرف الوكيل اذا وافق إذن الوكل والوافقة والخلفه يعرفان بالنظر الى اللفظ تارة وبالقرائن التى تنضم اليه أخرى فإن القرينة قد تقوى فيكون لها اطلاق اللفظ الا ترى انه اذا أمره فى الصيف بشراء الجمد لا يشتريه فى الشتاء وقد يتعادل اللفظ والقرينة وينشأ من تعادلهما خلاف فى المسألة وهذا القول الجملى يوضحه صور ترشد الى أخواتها منها اذا وكله يبيع شئ وأطلق لم يكن له أن يبيعه بعير نقد البلد من العروض والبقود وأن يبيعه بثمان مؤجل وببئ فاحش وبه قل مالك رحمه الله تعالى وكذا أحمد فى أظهر الروايتين وقال أبو حنيفة يحوز له جميع ذلك * لنا القياس على الوصى لأنه لا يبيع له الا بثمان المثل من نقد البلد حالاً وأيضاً فإنه وكيل فى عقد البيع فتصرفه بالعين لا يلزم الوكل كالوكيل فى الشراء إذا اشترى بغير

أن علة الرخصة لهم الحاجة فاذا ورد الترخيص مطلقا في موضع آخر لم يجب تقييدها بذلك المعنى الذى ظنناه وهو الحاجة ليس معتبرا بل كانت الرخصة لهم لانهم أصحاب الواقعة وغيرهم في حكمهم وأما أن تكون حاجتهم اقتضت مشروعية ذلك لهم ولغيرهم فإن الحكم قد ثبت عاما لمعنى موجود في بعض الناس كقوله تعالى (ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث) والمراد إما الصحابة والعرب وإما النفوس الكريمة وعلى كل تقدير فهم بعض الامة فما تنفر عنه طباعهم فهو الخبائث وما تميل إليه فهو الطيبات وغيرهم تبع لهم في ذلك وقد يكون الحكم ثابتا لعله توجد في الكثير قطعاً وتعدم في القليل قطعاً كالاسكار وقد يكون ثابتا لعله في زمان النبي صلى الله عليه وسلم ثم زالت كالرمل المشروع لآظهار الجلد والقوة قال ابن عبد السلام ^(١) وبقاء هذا الحكم لسبب يخلو ذلك السبب الاول وهو اننا تذكر في زماننا سبب هذا الفعل لان النفس طالبة للتعليل فنطلع على السبب الاول فنعلم حينئذ أن الله تعالى كثرتنا بعد القلة وأعزنا بعد الذلة وأن الاسلام أظهره الله على الدين كله ونذكر أحوال السلف الصالح وهذه فائدة جاءت استطرادا (فان قلت) لم يرد أيضا لفظ مطلق في الرخصة من الشارع حتى يتمسك به وإنما الألفاظ التي وردت في ذلك كلها من الرواية يذكرون أن النبي ﷺ أرحص في العرايا وهذه حكاية حال لا يعمم فيها ولا يطلق فجاز أن يكون مرادهم بذلك الرخصة التي صدرت

(١) بياض
بالأصل

فاحش وأيضاً فإنه إذا باع وأطاق كان الثمن حالا فاذا وكل المبيع وأطلق حمل على الثمن الحال ولما قول أن المبيع على الوجه المذكور يصح موقوفاً على اجازة لموكل وهذا هو القول المتقول في بيع المضروى والمذعب الأول ولو كان في البلد ثمة أحدهما أغلب فعليه أن يبيع به وان استويا في المعاملة باع بما هو أنفع للموكل فأما استويا فتخير على المشهور وقال صاحب التهذيب بعد نقل التخيير إذا استويا في المعاملة وجب أن لا يصح الوكيل ما لم يبين كما لو باع بدراهم وفي البلد نقدان متساويان لا يصح حتى يتبدل أحدهما ووجدت في كلام الشيخ أبي حامد مثل ما ذكره صاحب التهذيب ثم إذا باع الوكيل في أحد الوجهين المذكورة لم يصح ضمان المال ما لم يسله إلى المشتري فإن سلم ضمن ثم القول فيه إذا كان المبيع باقياً أو ألقا في كيفية تعريم الموكل الوكيل والمشتري على ما بينا فإما إذا باع العدل الرهن بالعين الفاحش أو غير ذلك البلد بالنسيئة وأما البيع بالعين اليسير فإنه جائز واليسير الذى يتغابن الناس بمثله ويحتملونه غالباً ويبيع ما يساوى عشرة بتسعة يحنمل في الغالب وبيعه بثانية غير محتمل قال الرويانى ويحنمل القدر المحتمل باحتلاف أجناس الأموال من الثياب والعبيد والعقارات وغيرها وكما يجوز أن ينقص الوكيل عن ثمن المثل لا يجوز أن يقتصر عليه وهناك طالب الزيادة ولو باع ثمن المنزل ثم ظهر في المجلس طالب يزيد فالحكم ما مر في عدل الرهن *

منه عليه السلام للمحاويج وحينئذ لا يبقى دليل على ثبوتها لغيرهم (قلت) الجواب من وجهين (أحدهما) أن المعتمد في الأصول أن الراوى إذا حكى واقعة بلفظ عام كقوله نهى عن الفرر وقضى بالشفعة للجار وما أشبهه أنه على العموم وأن الحجة في المحكى والحكاية معا خلافا لما قاله بعض المتأخرين فإنه لو كان المراد قصة المحاويج لم يحز حكايتها بلفظ العموم لأنها رخصة في عرايا خاصة لا في كل العرايا فلما أتى الراوى بلفظ عام وهو من أهل اللسان وجب اعتقاده أن المحكى مطابق له في العموم (والثاني) أن معناها ههنا قرينة ترشد إلى أن القصة المنقولة غير قصة المحاويج وهو قوله رخص لصاحب العرية وتلك الرخصة لم تكن لصاحب العرية بل للمحاويج الذين يشتركون منه كما تقدمت الإشارة إليه والله أعلم * قال الشافعى فى الأم وكثير من الفرائض قد نزلت بأسباب قوم فكان لهم وللمناس عامة إلا ما بين الله تعالى أنه أحل لضرورة أو خاصة ومن جهة القياس أن كل ما جاز ابتياعه للفقير جاز للغني كسائر الأشياء وقد أورد الشيخ تاج الدين عبد الرحمن أن الشافعى رضى الله عنه قطع القول بالتقييد المذكور فى حديث أبى هريرة من المقدار ولم يعتبر التقييد المذكور من السبب فى حديث

﴿ فرع ﴾ إذا قال الموكل عند النوكيل به بكم شئت جاز له البيع بالغبن ولا يجوز بالنسيئة ولا بغير نقد البلد ولو قال بما شئت فله البيع بغير نقد البلد ولا يجوز بالغبن والنسيئة فلو قال كيف شئت فله البيع بالنسيئة ولا يجوز بالغبن وبغير نقد البلد ولكن القاضى الحسين يجوز الكل ولو قال بع بما عز وهان قال فى التتمة هو كما لو قال به بكم شئت وقال العبادى له البيع بالعرض والغبن ولا يجوز بالنسيئة وهو الأولى *

﴿ فرع ﴾ ذكرنا فى الرهن والنفليس أن الحاكم يبيع المرهون ومال المفلس بنقد البلد وأنه لو لم يكن دين المستحقين من ذاك أو على تلك الصفة صرفه إلى مثل حقوقهم وقد يحتاج فيه إلى توسط معاملة أخرى إذا كان نقد البلد المكسور وحققهم الصحيح فلا يمكن تحصيل الصحيح بالمكسر إلا ببذل زيادة وأنه ربما يشتري بالمكسر ساعة وبالسلعة الصحيح ولو رأى الحاكم المصلحة فى البيع بمثل حقوقهم فى الابتداء جاز وقد مر ذاك فى الرهن قال القفال فى الفتاوى والمرتهن عند امتناع الراهن عن أداء الحق يبيع الرهن ويقوم مقام الحاكم فى توسط المعاملة الأخرى وفى بيعه بمنس الدين وعلى صفته واعلم أن مجرد امتناع الراهن عن أداء ما عليه لا يسلط المرتهن على بيع المرهون ولكنه قد يتسلط عليه على ما مر بيانه فى الرهن وإذا الحق المرتهن حينئذ بالحاكم فيما ذكره أشبه أن يلحق وكيل الراهن ببيع المرهون وقضاء الحق منه بالمرتهن بل أولى قال لأن نيابة المرتهن قهرية والموكل قد رضى تصرفه ونصبه لهذا الغرض *

محمود فلا بد من التسوية أو الفرق وبين ذلك على أنه من باب حمل المطلق على التقييد وقد تقدم الجواب عنه في دعوى التقييد بالفقراء وأما التقييد بالمقدار فلأن ذلك منقول عن النبي ﷺ فلما كان التقييد من لفظ النبي ﷺ حملنا المطلق عليه وأما التقييد بالحاوئج فليس من لفظ النبي ﷺ كما تقدم تقريره فهذا هو الفرق والله أعلم * (فان قلت) قد قررت أن الراجح عند الأصوليين أن قوله رخص في العرايا وأمثاله عام وإذا كان كذلك فيكون التقييد بالمقدار في حديث أبي هريرة ذكراً لبعض أفراد العموم وذلك لا يقتضي التخصيص فتبقي الرخصة على عمومها (قلت) هذا غير سؤال الاطلاق والتقييد الذي تعرض له ومع ذلك فالجواب عنه من وجهين (أحدهما) أن التخصيص ليس بذكر بعض الأفراد بل بمفهوم قوله فيأدون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق والمفهوم تخصيص العموم (والثاني) أنا لو أبحنا العرايا في القابل والسكندر لزل تحريم الزانية وجميع أحاديث الرخصة تقتضي ورودها في شيء دون شيء وانظر العرية ينزل على أفرادها عن سائر الأشجار وذلك يشعر بالقلة وليس في جميع الرطب بالتمر فلا بد من الرجوع الى مقدار وقد ثبت ذلك في حديث أبي هريرة رضي الله عنه فتعين الحل عليه بخلاف تعميمها في الفقراء والأغنياء فلم يصدنا عنه صاد ولا فيه مخالفة بل هو أمر مقطوع به والله أعلم * (فان قلت) فيجب على من يقول في الأصول بحمل المطلق على التقييد أن

قال ﴿ ويبيع (ح) على الأصح من أقاربه الذين ترد له شهادتهم * ولا يبيع من نفسه ﴾ الوكيل بالبيع مطلقاً هل يبيع من ابنه وأبيه وسائر أصوله وفروعه فيه وجهان (أصحهما) نعم لأنه باع بالثمن الذي لو باع به من أجنبي صح فاشبهه ماله باع من صديقه وأيضاً فإنه يجوز للتم أن يزوج وليته من ابنه البالغ إذا أطلقت الأذن وقلنا لا يشترط تعيين الزوج فكذلك ههنا (والثاني) وبه قال أبو حنيفة لأنه لا يبيع بالميل اليهم ومن الجائز أن يكون هناك راغب بأكثر من ذلك الثمن وأجرى الوجهين في الأصول والفروع المستقلين أما ابنه الصغير فلا يبيع منه وكذلك لا يبيع من نفسه لأنه يستقصى لنفسه وطفله في الاسترخاض وغرض البائع الاستقصاء في البيع لا أكثرهما غرضان متضادان فلا يتأتى من الواحد القيام بهما وأيضاً فإن التوكيل بالبيع مطلقاً يشعر بالبيع من الغير والألفاظ المطلقة تحمل على المفهوم منها في العرف الغالب وفي كتاب القاضي ابن كج شيثان غريبان في المسألة (أحدهما) أن أبا حامد القاضي حكى عن الاصطخري وجهاً أن الوكيل أن يبيع من نفسه (والثاني) أنه حكى وجهين فيما لو وكل أباه بالبيع هل له أن يبيع من نفسه لأن للأب بيع مال ولده من نفسه بالولاية فكذلك بالوكالة وإذا قلنا بظاهر المذهب فلو صرح له بالأذن في بيعه من نفسه فوجهان قال ابن مريج يجوز كما لو أذن له في البيع من أبيه وابن البالغ يجوز وكما لو قال لزوجته طلق

لا يحمده ههنا وتبقى الرخصة على عمومها في القليل والكثير (قلت) يصعد عن ذلك الوجه الثاني الذي ذكرته الآن وأيضاً فإن المذاهب الثلاثة القائمين بالعرايا متفقون على حمل المطلق على المقيد هذا كله مع ما في حديث محمود بن لبيد عن زيد الذي يتمسك به في الاختصاص بالفقراء من عدم الاتصال الموجب لعدم الحكم عليه بالصحة والله أعلم * وبني العزالي الخلاف في ذلك على أن الحرص أصل بنفسه يقام مقام الكل أوليس كذلك فيتبع مورد النص فعلى الأول نلحق الاغنياء بهم وعلى الثاني نتردد وهذا كما سأذكره ان شاء الله تعالى عن الامام في الحاق بقية الثمار بالرطب والبناء على ذلك المعنى هناك متجراً وأما هنا فبعيد والشيوخ أبو محمد بناه في المسألة على الأصل الذي سيحكيه عن الاصحاب من أن العرايا هل أحلت بعد تحریم للزانية أم لم تدخل في التحريم أصلاً وسيأتي ذلك ان شاء الله تعالى والله أعلم *

(فرع) إذا قلنا بالقول الأول فما ضابط المعنى المعتبر في ذلك لم يتعرض أكثرهم لذلك وقال الجرجاني لما حكى القولين يختص ذلك بمن لا نقد بيده على القول الآخر وكذلك عبارة صاحب

نفسك على الف ففعلت صح وتكون نائبة من جهته قابلة من جهة نفسها وقال الا كثرون لا يجوز لما ذكرنا من تضاد الفرضين ولان وقوع الايجاب والقبول من شخص واحد بعيد عن التخطاب ووضع الكلام وتجويزه في حق الاب كان على خلاف القياس ولو صرح بالاذن في بيعه من ابنه الصغير قال في التتمة هو على هذا الاختلاف وقال صاحب التهذيب وجب أن يجوز لأنه رضى بالنظر للطفل وترك الاستقصاء وتولى الطرفين في حق الولد معهود في الجملة بخلاف ما لو باع من نفسه ويجرى الوجهان فيما لو وكله بالهبة وأذن له ليهب من نفسه أو يتزوج ابنته وأذن له في تزويجها من نفسه وفي تولى ابن العم طرفي النكاح بان يتزوج ابنة عمه باذنها حيث انتهت الولاية اليه والنكاح أولى بالمنع لما روى موقوفاً ومرفوعاً أنه عليه السلام قال « لا نكاح إلا بأربعة خاطب وولى وشاهدين » (١) وكذا فيما إذا وكل مستحق الدين المديون باستيفائه من نفسه أو وكل مستحق القصاص الجاني باستيفائه من نفسه اما في النفس أو في الطرف أو وكل الامام السارق ليقطع يده وحكى الامام رحمه الله إجراءه فيما لو وكل الزاني ليجلد نفسه واستبعده من جهة أنه متهم في ترك الايلاء بخلاف القطع إذ لا مدخل لاتهامه فيه وظاهر المذهب في السكك المنع وفي التوكيل بالخصومة من الجانبين وجهان (أحدهما) الجواز لأنه يتمكن من إقامة البينة المدعى عليه (وأصحها) المنع لما فيه من اختلاف

(١) حديث (حديث) لا نكاح إلا بأربعة بخاطب وولى وشاهدين روى مرفوعاً وموقوفاً أه الدارقطني من حديث هشام عن أبيه عن عائشة بلفظ لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين وفي اسناده أبو الحبيب وهو مجهول وسيعاد في النكاح *

النتمة فانه قال بيع العرايا صحيح من الفقراء الذين لا نقد لم يشترون به الرطب فلما الأغنياء خلاف وقال الروياني في البحر قال المزني لا يجوز إلا للمعري المضطر وأصحابنا لم يمنعوا الكلام في ذلك لأن الصحيح عندهم خلاف هذا القول وإنما يحتاج الى ذلك الحنابلة فأن المشهور عندهم أنها لا تطلق الرخصة والله أعلم * قال ابن قدامة الحنبلي متى كان غير محتاج إلي أكل الرطب أو كان محتاجاً ومعه من التمر ما يشتري به العرية لم يحز له شراؤها بالتمر *

﴿ فرع ﴾ لا يشترط عندنا حاجة البائع إلى البيع جزماً خلافاً لبعض الحنابلة واشترطت الحنابلة لبقاء العقد ان يأكلها أهلها رطباً فان تركها حتى تصير تمرأً بطل العقد ونحن نخالفهم في ذلك واشترط الخرقى من الحنابلة كونها موهوبة من بائعها كما تقدم عن مالك وقالت الحنابلة فيما إذا تركها حتى صارت تمرأً لا فرق بين تركه لغناه عنها أو تركها لعذر أو لغير عذر وأخذوا في ذلك بظاهر قوله عليه السلام «يأكلها أهلها رطباً» ولا دليل لهم في ذلك لأن المقصود بذلك ذكر الغاية المقصودة لا الاشتراط ويلزمهم على ما قالوه أنه متى لم يأكلها بطل العقد وقد سلموا أنه لا يبطل الا بترك الأخذ ولا يبطل بترك الأكل بعد الأخذ فلو أخذها رطباً وتركها عنده أو شتمها حتى صارت تمرأً جاز عندهم وبهذا يتبين ضعف ما اشترطوه *

﴿ فرع ﴾ تلخص مما قلناه أنه لا يشترط عندنا حاجة البائع جزماً ولا المشتري على الأصح

غرض كل واحد منهما فانه يحتاج إلى العقد بل من جانب وإلى الجرح من جانب وعلى هذا فإليه الخيرة يخاصم أيهما شاء ولو توكل رجل في طرفي النكاح أو البيع اطراد الوجهان ومنهم من قطع بالمنع لو وكل من عليه الدين ببراء نفسه ففيه طريقان (أحدهما) التخرج على الوجهين (والثاني) القطع بالجواز كما لو وكل من عليه القصاص بالعفو والعبد باعتاق نفسه والوكيل بالشراء كالوكيل بالبيع في أنه لا يشتري من نفسه ولا من مل ابنه الصغير ويخرج شراؤه لابنه البالغ على الوجهين في سائر الصور (وقوله) في الكتاب اجراه ابن سريج في تولى ابن العم طرفي النكاح اتبع فيه ما رواه الامام فانه نسب طرد الخلاف فيها إلى ابن سريج ورأيت للحناطي نحو ذلك وعامة الكتب ساكتة عنه *

قال ﴿ فان أذن له في البيع من نفسه ففي تولية الطرفين خلاف ﴾ * أجراه ابن سريج في تولى ابن العم لطرفي النكاح * وتولى من عليه الدين أو القصاص أو الحد استيفاءه من نفسه بالوكالة * ويطرد في الوكيل من الجانبين بالخصومة ومن الجانبين في عقد النكاح والبيع * كما إذا كان وكيلاً من جهة الموجب والمقابل جميعاً * وان أذن له في البيع بالأجل مقدراً جاز * وان أطلق فالأصح أن العرف يقيد بالمصلحة * وقيل انه مجهول *

وعند بعض الحنابلة وعند مالك يشترط حاجة البائع وحده وعند أحمد يشترط حاجة المشتري وحده قال ابن عقيل من الحنابلة يجوز لحاجة البائع أيضا كما يجوز لحاجة المشتري ويكون الشرط عنده أحدهما لا بعينه فالأقسام الممكنة الأربعة كل منها قال به قائل ومجموع الشروط التي وجدت صح البيع باتفاق القائلين بالعرايا حاجة البائع والمشتري وكونها موهوبة من البائع وكونها دون خمسة أوسق وأن يأخذها المشتري رطباً وان لا يظهر نقصان يوجب التفاوت بعد ذلك فإذا اجتمعت هذه الشروط الستة صح البيع باتفاق المذاهب الثلاثة القائلين بالعرايا وإذا وجد منها الثاني والرابع والسادس صح البيع باتفاق مذهب الشافعي رضي الله عنه والشرطان الأخيران لا يشترط العلم بهما حالة العقد بل إذا فقد ابعد ذلك فقد يننا بطلان البيع والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ هل يجوز في العرايا أن يبيع جزءاً مشاعاً أو مبهماً مما على النخلة بالتمر بأن يخرص الخارص أن كل وسق مما عاها يأتي إذا جف نصف وسق فيقول وسقا مما على النخلة بنصف وسق تمر أو يخرص جميع ما عليها فيقول إنه يأتي جافاً ثمانية أوسق فيبيع نصفه شائعاً بأربعة أوسق تمر لم أر في ذلك نقلاً * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وهل يجوز ذلك في الرطب بالرطب فيه ثلاثة أوجه ﴾ (أحدها) يجوز وهو قول أبي علي بن خيران لما روى زيد بن ثابت قال رخص رسول الله ﷺ في العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص في غير ذلك (والثاني) لا يجوز وهو قول أبي سعيد الاصطخري لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال

إذا أذن للوكيل في البيع إلى أجل نظر ان قدر الأجل صح التوكيل وان أطلق فوجهان (أحدهما) أنه لا يصح التوكيل لاختلاف الغرض بتفاوت الأجل طويلاً وقصراً وهذا ما أورده في التهذيب (وأصحهما) ما ذكره في الكتاب واختيار ابن كعب أنه يصح التوكيل وعلي ما يحمل فيه ثلاثة أوجه (أظهرها) وهو المذکور في الكتاب أنه ينظر إلى المتعارف في مثله فإن لم يكن فيه عرف راعي الوكيل الانفع للموكل (والثاني) له التأجيل إلى أية مدة شاء لاطلاق اللفظ (والثالث) يؤجل إلى سنة ولا يزيد عليها لأن الديون المؤجلة تتقدر بها كالدین والحريّة *

قال ﴿ الثانية الوكيل بالبيع لا يملك تسليم المبيع قبل توفر الثمن ﴾ وبعد التوفير لا يجوز له المنع فانه حق الغير * والوكيل بالشراء يملك تسليم الثمن للمسلم اليه ويملك قبض المشتري * والوكيل بالبيع هل يملك قبض الثمن من حيث إنه من ثوابه ومقاصده وإن لم يصرح به فيه خلاف * ويقرب منه الخلاف في أن الوكيل بآثبات الحق هل يستوفى * وباستيفاء الحق هل ينحصر فيه ثلاثة أوجه * إلا عدل أن الوكيل بالآثبات لا يستوفى * وبالأستيفاء يشتم وينحصر سعيه في الاستيفاء *

لا تبايعوا ثمر النخل بثمر النخل ولأن الخرص غرر وقد وردت الرخصة في جوازه في أحد العوضين فلو جوزنا في الرطب بالرطب لجوزناه في العوضين وذلك غرر كثير زائد على ما وردت فيه الرخصة فلم يجوز كشرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام (والثالث) وهو قول أبي إسحق أنه إن كان نوعا واحدا لم يجوز لأنه لا حاجة به إليه لأن مثل ما يبتاعه عنده وإن كان نوعين جاز لانه قد يشتهي كل واحد منهما النوع الذي عند صاحبه فيكون كمن عنده تمر ولا رطب عنده ﴿

الشرح﴾ حديث زيد المذكور بهذا اللفظ في سنن أبي داود بسند صحيح لكن فيه بحث رواه البخاري وسلم رحمهما الله تعالى فقالا فيه بيع العربية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك هكذا ومع ذلك لا حجة فيه لهذا الوجه لأنه يحتمل أن يكون شك من الراوى ولا يكون للتخيير والرواية هكذا بأوفى الصحيحين من رواية عقيل عن الزهري عن سالم بن عبد الله عن أبيه عن زيد لكن النسائي رواه من جهة سالم عن أبيه عن زيد أيضا وقال فيه بالرطب وبالتمر هكذا بالواو فنظرنا فوجدنا ذلك من رواية صالح وهو ابن كيسان عن الزهري وعقيل أحفظ منه فروايته مقدمة على رواية صالح ثم وجدنا الرواية عن نافع متفقة على التمر كأحد روايتي سالم فرجعنا ذلك على رواية صالح بن كيسان ثم رأينا الطبراني في المعجم الكبير روى رواية صالح بن كيسان كما رواها النسائي وزاد فرواها أيضا من رواية الأوزاعي عن الزهري وقال فيه بالتمر والرطب كما قال المصنف والأوزاعي وإن كان اماما لكنه غير متقن لحديث الزهري كاتقان عقيل وقد تابع عقيل على ذلك سليمان بن أبي داود عن الزهري كذلك في معجم الطبراني والزيدي أيضا وهو من جلة أصحاب

أول مذكور في الفصل أن الأصحاب تقلوا وجهين في أن الوكيل بالبيع مطلقا هل يملك قبض الثمن وربما نسبوهما إلى ابن سريج (أحدهما) أنه لا يملك لأنه إنما أذن في البيع وقبض الثمن أمر وراء البيع وليس كل من يرضاه للبيع يرضاه لاثبات اليد على الثمن (وأصحهما) أنه يملكه لانه من توابع البيع ومقتضياته فالأذن في البيع أذن فيه وإن لم يصرح به وهل يملك تسليم المبيع إذا كانت مسما إليه أشار الأكرهون إلى الحزم بأنه يملكه تعليلا بأن البيع اقتضى إزالة الملك ووجوب التسليم وقال الشيخ أبو علي الوجهان في أنه هل يملك قبض الثمن يجريان في أنه يملك تسليم المبيع وكيف لا وتسليم المبيع دون قبض الثمن فيه خطر ظاهر ولو كان قد صرح له بهما لم يملك التسليم ما لم يقبض الثمن وعلى هذا جرى صاحب التهذيب وغيره ولا خلاف في أن الموكل بعقد الصرف يملك القبض والأقباض لأنه شرط صحة العقد وكذلك في السلم يقبض وكيل المسلم إليه رأس المال ووكيل المسلم يقبضه إياه لا محالة إذا تقرر ذلك فينظر إن باع الوكيل بثمن مؤجل بحيث يجوز له ذلك سلم المبيع إذ لا ينسب للبائع حق الحبس عند تأجيل الثمن ويحى على ما ذكره

الزهري فقال رخص في بيع العرايا بخرصها من التمر اليابس رواه الطبراني وهذا نص وتابعهما معمر عن الزهري فقال بخرصها تمرا ولم يرخص في غير ذلك رواه الطبراني وهذه الطرقي كلها راجعة الى رواية عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن زيد بن ثابت وقد روى أبو داود ذلك كما قدمته من طريق يونس عن الزهري عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه وقال فيه بالتمر والرطب وهي الرواية التي ذكرها المصنف والظاهر أنه نقلها من السنن فنه سمعها وهذا طريقة قوية مقاومة لطرقي عقيل فان يونس في الزهري عظيم ثم أمعنت الطلب ونظرت الحديث من مسند ابن وهب الذي هو الأصل فان أباه داود رواه من طريقه وجدته فيه بالتمر أو الرطب بألف ملحق بخط كاتب الأصل والظاهر أن ذلك غلط من الناسخ فن للتقدمين ذكرنا رواية ابن وهب هذه مستدلين بها على الجواز ورواه الطبراني من طريق ابن وهب بالجمع بينهما لكن بطريق ضعيفة ورواه الطبراني بالجمع بينهما أيضا من طريق أسامة بن زيد عن الزهري عن خارجة بن زيد وفيه لأدري أذكر أباه أم لا وهذا يقتضي الشك في اتصاله لكن طريقه لا تقاوم طريق أبي داود فالراجح حينئذ عن خارجة الجمع بينهما فبعد ذلك يمكن أن يقال إن رواية ابن عمر عن زيد راجحة علي رواية خارجة عن زيد كما لا يخفى من محبة ابن عمر وجلالته وكبره حين سماعه وخارجة كان عمره في زمن أبيه بضع عشرة سنة ويمكن أن يقال أنه اذا صح ذلك عن خارجة وفي بعض روايات ابن عمر رضي الله عنهما كما تقدم فينبغي أن يحكم بصحة اللفظين عن زيد ويحمل أو على التخيير ويكون زيد رضي الله عنه لما فهم ذلك

الشيخ وجه مانع من التسليم لا لغرض الحبس لكن لأنه لم يفوضه اليه ثم اذا أجل الأجل لم يملك الوكيل قبض الثمن الا بأذن مستأنف وان باعه بثمن حال وجوزنا القبض فلا يسلم المبيع حتى يقبض الثمن كما لو أذن فيهما صريحا فله مطالبة المشتري بتسليم الثمن فان لم نجوز له القبض لم يكن له المطالبة وللموكل المطالبة بالثمن على كل حال خلافا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى ولو وكله بالبيع ومنعه من قبض الثمن لم يكن له القبض لاحالة ولو منعه من تسليم المبيع فكذلك جواب الشيخ في شرح الفروع وقال قائلون هذا الشرط فاسد فان التسليم مستحق بالعقد ورووا عن أبي علي الطبري وغيره وجهين في أن الوكالة هل تفسد به حتى يسقط الجعل المسمى ويقع الرجوع الى أجرة المثل ووجه الأمام رحمه الله تعالى وجه سقوطه بأن استحقاقه مربوط بالبيع والامتناع من التسليم وكان مقابلا بشيء صحيح وثيء فاسد فليفسد المسمى والحق أن يقال المسألة مبنية على أن في صورة الإطلاق هل للوكيل التسليم أم لا (ان قلنا) لا فعند الميع أولى (وان قلنا) نعم فكذلك لأنه من توابع العقد ونمامه كلقبض لأن تسليمه مستحق بالعقد فان المستحق هو التسليم لا تسليمه والممنوع منه تسليمه نعم لو قال امنع

عبر عنه تارة بأو وتارة بالواو وهذه أولى من أن يحكم على بعض الرواة بالوهم مع ثقته وجلالته وعلي هذا يصح استدلال ابن خيران بها على الجواز ويمكن أن يقال بالتعارض لقوة كل من الطرفين والشك في ذلك يوجب الحكم بالمنع لأن الباب باب رخصة فتى شك في شرطها بطلت وأما ترجيح رواية خارجة على رواية ابن عمر فغير ممكن والأقرب الحكم بالتعارض أو ترجيح رواية ابن عمر من الطرق الكثيرة لكثرتها واعتضادها برواية نافعة وأما حمل ذلك على التخيير فيبعده رواية الزبيدي المقدمة التي فيها تقييد التمر باليابس وذلك يقتضي أن الرطب بخلافه وسندها في الطبراني جيد ومن جملة المرجحات لحديث ابن عمر رضى الله عنهما كونه ثابتاً في الصحيحين ورواية خارجة ليست كذلك وإن كان سندها صحيحاً فهذه طريقة في الترجيح يسلكها بعض المتأخرين من فقهاء الحديثين هذا ما عندي في ذلك والله عز وجل أعلم * وحديث ابن عمر رضى الله عنهما المذكور في رواية البيهقي في سننه الكبير ولفظه لا تلباعوا التمر بالتمر تمر النخل بتمر النخل واسناده فيه محمد بن الحسين بن أحمد الفارسي عن أحمد بن سعيد التقي لم أعرفهما وقال في معرفة السنن والآثار هكذا روى مقيداً يعني تمر النخل بتمر النخل فأقصر المصنف رحمه الله على اللفظ الأخير وهو البديل وترك البديل منه وهو قوله التمر بالتمر وذلك جائز لأنه لا يحيل المعنى * (وأما) حديث ابن عمر لا تلبعوا التمر بالتمر فذلك ثابت في البخاري وقد تقدمت الإشارة إلى التوقف في هذا اللفظ فإن ثبت أنه بالناء المثلثة فيها فهو على الحديث بدون الزيادة التي فيه مبينة بالنخل * وقول المصنف هل يجوز ذلك في الرطب بالرطب أى سواء كان على رؤوس النخل فيبعا خرصاً أو كان أحدها في الأرض فبيع الذي على النخل خرصاً بالذى على الأرض كيلاً فالأوجه الثلاثة في المسألتين قاله القاضي

المبيع منه فهذا الشرط فاسد لأن منع المالك عن المالك حيث يستحق إثبات اليد عليه غير جائز وفرق بين أن يقول لا تسلمه إليه وبين أن يقول أسكه وامنعه منه (وأما) الوكيل بالشراء فإن لم يسلم الوكيل الثمن إليه فاشتري في الذمة فسيأتى الكلام في أن المطالبة بالثمن على من توجه في الحكم الثاني من الباب فإن سلمه إليه واشترى بعينه أو في الذمة فالقول في أنه هل يسلمه وهل يقبض المبيع بمجرد التوكيل في الشراء كالقول في أن وكيل البائع هل يسلم المبيع ويتقبض الثمن بمجرد التوكيل بالمبيع هكذا هو في التهذيب والتممة ولفظ الكتاب يشعر بالجزم بتسليمه الثمن وقبض المبيع ووجهه في الوسيط بان العرف يقتضي ذلك ويدل عليه أيضاً فإن المالك في الثمن لا يتعين إلا بالقبض فيستدعى إذا جديداً وأما المبيع فانه متعين للملك ولن طرد الخلاف أن يمنع العرف الفارق بين الطرفين وأن المعنى الثاني فلو كان به اعتبار لوجب أن يحزم قبض وكيل البائع الثمن إذا كان معيناً ولم يفرقوا

أبو الطيب وابن الصباغ والمحاملي والعمراني والاقرب في عبارة المصنف أن يكون مراده الرطب على رؤوس النخل بالرطب على وجه الارض لانه قال هل يجوز ذلك وإشارة الى المسألة السابقة وصورتها اذا كان أحدهما في الارض وكذلك القاضي أبو الطيب صور المسألة ثم ذكر فرع جريان الاوجه الثلاثة في الصورة الأخرى والأوجه المذكورة مشهورة حكاها القاضي أبو الطيب والماوردي والمحاملي والجرجاني والمتولى وابن الصباغ وآخرون وليس للشافعي نص في هذه المسألة على ما يقتضيه كلام ابن سريج الآتي ذكره ولكنها اوجه للاصحاب (أحدها) أنه يجوز مطلقاً أن يباع الرطب بالرطب خرصاً فيهما سواء كانا نوعاً واحداً أو نوعين وهو قول أبي علي بن خيران واستدل بالحديث الذي ذكره المصنف وذكره بأو وكانه اعتقدها للتخيير وقد عرفت الجواب عنه جواباً متقناً محرراً (والثاني) وهو الصحيح أنه لا يجوز مطلقاً ولا يجوز الا بالتمر وعراه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي وابن الصباغ والمصنف إلى الاصطخري وقال الماوردي ان هذا مذهب الشافعي وقال أبو حامد انه أشبه به بمذهب الشافعي وقال المحاملي في التجريد والمجموع مع ذلك إنه ظاهر المذهب ومن صححه الروايات في البحر وقال صاحب التهذيب إنه المذهب واستدل له القاضي أبو الطيب بان الاصل تحريم المزاجنة

في رواية الوجهين بين أن يبيع بثمر معين أو في الذمة (وقوله) في الكتاب وبعد التوفير لا يجوز له المنع فإنه حق للغير أراد به ما ذكره الامام رحمه الله تعالى من أن المشتري اذا وفر الثمن على الموكل أو على الوكيل اذا جوزنا له القبض فالوكيل يسلمه للبيع وان لم يأذن له الموكل في تسليمه لأن أداء الثمن اذا وفر صار قبض المبيع مستحقاً والمشتري الانفراد بأخذه فأن أخذه المشتري فذاك وان سلمه الوكيل فالامر محمول على أخذ المشتري ولا حكم للتسليم ثم قرب من الخلاف في أن الوكيل بالبيع هل يقبض الثمن الخلاف في مسألة أخرى وهي أن الوكيل باستيفاء الحق هل يثبت ويقم البينة عند انكار من عليه فيه وجهان عند ابن سريج (أحدهما) لا لأنه لم يوكل الا بالقبض وقد يرضى للقبض من لا يرضاه للخصومة (والثاني) نعم لانه لا يمكن من الاستيفاء عند انكار من عليه الاثبات فليمكن مما يتوصل به الى الاستيفاء ولا فرق على الوجهين بين أن يكون الموكل باستيفائه عيناً أو ديناً وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ان كان ديناً ملك الاثبات وان كان عيناً لم يملكه وأما أن الوكيل بالاثبات هل يستوفى بعد الاثبات فيه طريقان (أحدهما) أن فيه وجهين ايضاً كالوجهين في أن الوكيل بالبيع هل يملك قبض الثمن لانه من توابع الاثبات ومقاصده كقبض الثمن بالاضافة الى البيع (وأظهرهما) القطع بالمنع لان الاستيفاء يقع بعد الاثبات فليس ذلك نفس المأذون فيه ولا واسطة بخلاف العكس وبخلاف مسألة قبض الثمن لانه اذا وكله بالبيع أقامه مقام

الا ما استثنى منه والرخصة وردت مقيدة بالتمر كما تقدم فيبقى فيما عداه على الاصل وهو التحريم والحديث الذي ذكره المصنف ان ثبت نص في ذلك وان لم يثبت، فالتمثيل بالأصل المتقضى للتحريم كاف في ذلك وأيضا الاصل في العقود الربوية التحريم كما تقدم غير مرة (فان قلت) المصنف رحمه الله لم لاسلك هذه الطريقة التي سلكها شيخه وهي أقرب مما سلكه وهو التعليل بكثرة الغرر وقياس ذلك على شرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام فان التمسك بادراجها تحت نص خاص أولى من قياس مستند الى نص عام (قلت) ما فعله المصنف أولى لان المزاينة تقدم أنها مفسرة ببيع الرطب في رؤوس المخل بالتمر وأما بيع الرطب بالرطب فهو وان كان أكثر غررا وأحق بالبطلان لاسكن يمكن الزراع في دخوله تحت اسم المزاينة نصوصا وإنما يدخل تحت حكمها اما بطريق أولى فيكون من مفهوم الموافقة وأما بالقياس عند من يقارن بينهما وهو الصحيح واذا ثبت ذلك فكل واحد من مفهوم الموافقة والقياس شرطه بقاء أصله فمتى بطلت دلالة الأصل بطلت دلالة مفهومه والقياس عليه وههنا قد بطلت دلالة مفهومه والقياس عليه وههنا قد بطلت دلالة الأصل فيا دون خمسة أوسق فيتبعها دلالة المفهوم والقياس في ذلك العقد وان بقي في الزائد لبقاء أصله فلذلك والله أعلم عدل المصنف عن

نفسه فيه وانه عقد يتضمن عهداً منها تسليم المبيع وقبض الثمن فجاز أن يكون من قضاياه وأما الاثبات فليس فيه ما يتضمن التراما قال في التتمة الخلاف في الصورة الثانية في الاموال أما القصاص والحد فلا يستوفيهما بحال وحكي القاضي ابن كج عن ابن خيرات أنه على الوجهين وإذا جمعت بين الأمرين الاستيفاء والاثبات وقلت الوكيل باحدهما هل يملك الثاني حصل في الجواب ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب لكن تسمية الوجه الفارق أعدل الوجوه ربما أوهم ترحيحه والطاهر عند الاصحاب أنه لا يفيد واحد منهما الثاني *

(فرع) عرفت أن الوكيل لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن فلو فعل غرم للموكل قيمته إن كانت القيمة والثمن سواء أو كان الثمن أكثر وإن كانت القيمة أكثر بأن باعه بغير محتمل فيغرمه جميع القيمة أو يحيط عنه قدر العين لصحة البيع بذلك الثمن فيه وجهان (أحدهما) أولها ولو باع بغير فاحش بأذن الموكل فقياس الوجه الثاني أن لا يغرم إلا قدر الثمن ثم لو قبض الوكيل الثمن بعد ما غرم دفعه إلى الموكل واسترد المغروم *

قال في الثالثة أن الوكيل بالشراء إذا اشترى معيها بضمن مثله وجهل العيب وقع عن الموكل وان علم فوجهان * وان كان بغير وعلم لم يقع عن الموكل * وان جهل فوجهان * ثم منها جهل الوكيل فله الرد (و) الا اذا كان العبد معينا من جهة الموكل فوجهان في الرد * وحيث يكون

ذلك إلى ما ذكره ويحق له ذلك وهو المبرز في علم النظر فعلى قول المصنف المعتمد في ذلك النهي عن الفرور يجعل الرخصة الواردة في الرطب بالتمر مستثناة منه ولا يضره في ذلك كونها مستثناة من المزابنة لأن المزابنة نوع من الفرور والمستثنى من النوع مستثنى من الجنس والوصف المقضى لاحاقه بما زاد على الثلاث مركب من شيئين الفرور وكون ذلك على سبيل الرخصة وأحدها بمجرد ليس كافياً في التعليل والله أعلم * وعن صحيح هذا القول القاضي أبو الطيب فيما حكى الشاشي عنه والرويانى في البحر والبعوى والرائعى ويقتضيه إيراد الجرجاني (والوجه الثالث) وهو قول أبى اسحق المروزي واختلفت عبارة الاصحاب عنه فالذى قاله أبو الطيب وابن الصباغ والمصنف والمتولى أنه ان كانا نوعاً واحداً لم يجوز وان كانا نوعين يجوز كالرطب المعقل بالتمر البرنى والرطب البرنى بالتمر المعقل وما أشبهه وأطلقوا ذلك فيما اذا كانا على النخل أو أحدهما على الأرض وقال المحاملى وأبو حامد فيما حكى عنه صاحب العدة والرويانى والمواردى يجوز اذا كان الرطبان على رؤوس النخل وكانا نوعين أما إذا كان أحدهما على الأرض لا يجوز مطلقاً وكذلك امام الحرمين حكى الاوجه الثلاثة عن حكاية العراقيين كما حكاهها المحاملى من غير تعيين أبى اسحق قال امام الحرمين فان كان الغرض الذى اشار اليه الخبر أن يستبدل رطباً على الشجر يأكله على مر الزمن

الوكيل عالماً فلا رد له * وفى الموكل وجهان * اذ قد يقوم علم الوكيل مقام علم الموكل كما فى رؤيته * ومما ثبت الخيار لم يسقط برضا الوكيل حق الموكل ويسقط برضا الموكل رد الوكيل * الوكيل بالشراء اما أن يكون وكلاً بشراء شيء موصوف فلا يشتري الا السليم لان قضية الاطلاق السلامة ألا ترى أنه اذا أسلم فى شيء موصوف استحق السليم منه ويخالف عامل القراض حيث يجوز له شراء المغيب وههنا المقصود الادخار اذ يجوز أن يكون الادخار والاقتناء مقصوداً وانما يقتني السليم دون المغيب وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يجوز للوكيل شراء المغيب فلو خالف ما ذكرناه واشترى المغيب نظر ان كان مع العيب يساوى ما اشتراه به فان جهل العيب وقع عن الموكل وان علمه فتلاثة أوجه (أظهرها) أن لا يقع عنه لتقييد الاذن بالسليم (والثاني) يقع لانه لا نقصان فى الملية والصيغة عامة (والثالث) يفرق بين ما يمنع من الاجزاء فى الكفارة اذا كان المبيع عبداً وبينما لا يمنع حملاً لقوله اشترى رقية على ما حمل عليه قوله تعالى (فتحرير رقية) قال الامام رحمه الله تعالى وصاحب هذا الوجه يستثنى الكفر فانه يمنع من الاجزاء فى الكفارة ويجوز للوكيل شراء الكافر وان كان لا يساوى ما اشتراه به فان علم لم يقع عن الموكل وان جهل فوجهان (أصحهما) عند الامام أنه لا يقع أيضاً عنه لان العيب يمنع عن الموكل مع سلامة المبيع وأن لم يعرف الوكيل فعند العيب أولى وأوفقها الكلام الاكثرين أنه يقع عنه كما لو اشترى لنفسه جاهلاً

والرطب على الارض بين أن يفسد و بين أن يحف وزاد الامام على المحاملي زيادة سأعرض لها في فرع مفرد قريبا ان شاء الله تعالى * وقد احتج أبو اسحق لقوله بما ذكره المصنف وأجاب الشيخ أبو حامد بان طعم أحد النوعين يقارب طعم الآخر فلا تدعو الحاجة الى إجازة ذلك وروى هذه الالوجه الثلاثة ووجه رابع أنه يجوز بيع الرطب على الارض بالرطب على النخل بكل حال لانه أدوم نفعا أى سواء كانا نوعا أو نوعين ويجوز ماعلى النخل بما على النخل اذا كانا من نوعين ولايجوز اذا كانا من نوع واحد لفقد الفائدة ونقله الماوردي والرويانى عن ابن أبي هريرة وقد رأيت في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة أطلق جواز بيع الرطب على النخل بالرطب على الارض ولم يذكر إذا كانا على النخل والله أعلم * فجملة الالوجه في المسألة أربعة وقد جمعها الماوردي وحكاها كذلك وتبعه صاحب البحر وما نقله المحاملي والماوردي ومن تبعهما يمكن أن ينزل عليه كلام من أطلق فان كان الامر كذلك فيجب تقييد كلام المصنف في قوله وان كانا نوعين جاز اذا كان على النخل ولكن هذا التقييد ينافيه كلام أبي الطيب فانه صرح في جريان الالوجه الثلاثة فيما اذا كان أحدهما على الارض فان جمعنا بين النقلين جاءت خمسة أوجه في المسألة وكذلك فعل ابن الرفعة في المطلب وفيه بعدلان

ويفارق مجرد الغبن فانه لا يثبت الخيار فلو صح البيع ورفع عن الموكل اللزم ولحقه الضرر والعيب يثبت الخيار والحكم بوقوعه عنه لا يورطه في الضرر وحيث قلنا بوقوعه عن الموكل فينظر ان كان الوكيل جاهلا فلموكل الرد إذا اطعم لانه المالك وأما الوكيل فعن صاحب التقریب رواية وجه عن ابن سريج أنه لاينفرد بالرد لانه كان مأذونا في الشراء دون الفسخ وظاهر المذهب أنه ينفرد لمعينين (أحدهما) أنه اقامه مقام نفسه في هذا العقد ولواحقه (والثاني) أنه لو لم يكن له الرد الى استئذان الموكل فر بما لا يرضى الموكل فيتعذر الرد لكونه على الفور وبقى المبيع كلا على الوكيل وفيه ضرر ظاهر وهذا هو المعتمد عند الاصحاب لـسكن فيه اشكال لانا لو لم نثبت له الرد لـسكان كسائر الاجانب عن العقد فلا أثر لتأخره وأيضافان من له الرد قد يعذر في التأخير لاسباب داعية اليه فهلا كانت مشاورة الموكل عذراً وأيضافاه وان تعذر منه الرد فلا يتعذر بنفس الرد اذ الموكل يرد اذا كان قد سماه في العقد أو نواه على ان في كون المبيع للوكيل وفي الرد منه بتقدير تعذر كونه له خلافا وسيأتى جميع ذلك في الفصل وان كان الوكيل عالما فلا رد له وفي الموكل وجهان (أحدهما) أنه لا رد له أيضا لانه نزل الوكيل منزلة نفسه في العقد ولا أخذ فيكون اطلاعه على العيب كاطلاع الموكل كما أن رؤيته كرويته واخراج العقد عن أن يكون على قولى شراء العائب (وأصحها) أن له الرد لأن اطلاعه ورضاه بعد العقد لا يسقط حق الرد للموكل فكذلك اطلاعه في الابتداء وعلى هذا فينتقل الملك إلى الوكيل أو ينفسخ العقد من

الشخص المتقول عنه واحده هو أبو اسحق فكيف يحكى ذلك وجهين الا أن يكون اختلاف قوله في وقتين والاقرب أن ذلك اختلاف علة من الناقلين و ينبغي أن يقصد الجمع بينهما ويبقى تجويز النقل أن يقول قيل كذا ولا يقول فيه وجهان لانه لم يثبت أنهما وجهان وقد نقل في كل منهما أنه قيل وعبر الغزالي في الوسيط بعبارة لا توجد في كلام غيره (والثاني) أن كان أحدهما موضوعا جاز وان كان على الشجرة فلا وهذا وهم بلا شك وكأنه مل القلم فأراد أن يكتب ان كان أحدهما على الارض لم يجوز ان كانا على الشجر جاز كما هو في النهاية فانقلب عليه هذا مالا أشك فيه وقال الجوزي إذا كان للرجل نوع من الرطب جاز أن يشتري نوعا آخر من الرطب ليس عنده خرصا كالعرايا هذا جواب ابن خيران وقال ابن سريج لم يتعرض الشافعي لهذا وإذا صح الحديث جاز والحديث صحيح وذكر حديث خارجة بن زيد عن أبيه عن طريق ابن وهب ومن طريق صالح بن كيسان وهذا من ابن سريج والجوزي موافق لابن خيران أو لابي اسحق *

﴿ فرع ﴾ إذا قلنا بجواز بيع الرطب على النخل بالرطب على الارض هل المعتبر فيه الخرص

أصله حكى الأمام رحمه الله فيه وجهين قال من قال بالأول كأنه يقول انعقاد العقد موقوفا إلى أن يتبين الحال والا فيستحيل ارتداد الملك عن الموكل الى الوكيل وهذه الاختلافات مفرعة على وقوع العقد للوكيل مع علم الوكيل بالعيب والمذهب خلافه (الحالة الثانية) أن يكون وكيلا بشراء شيء معين فان لم ينفرد الوكيل في الحالة الأولى بالرد فهو ههنا أولى وان انفرد فههنا وجهان (وجه المنع) أنه ربما يتعلق الغرض بعينه فينتظر مشاورته (وجه الجواز) وهو الأصح والمنصوص في اختلاف العراقيين أن الظاهر أنه بعينه شرط السلامة ولم يذكروا في هذه الحالة أنه متى يقع عن الموكل ومتى لا يقع والقياس أنه كما سبق في الحالة الأولى نعم لو كان المبيع معيبا يساوى ما اشتراه به وهو عالم فايقاعه عن الموكل ههنا أولى لجواز تعلق الغرض بعينه وجميع ما ذكرناه في الحالتين مفروض فيما إذا اشترى بضمن في الذمة أما إذا كان الثمن بعين مال الموكل فحيث قلنا هناك لا يقع عن الموكل فههنا لا يصح أصلا وحيث قلنا يقع فكذلك ههنا وهل للوكيل الرد فيه وجهان (أصحهما) لا ويمكن أن يكون الوجهان مبنيان على المعنيين السابقين إن عللنا انفراده بالرد فانه أقامه مقام نفسه في العقد ولو أحقه فكذلك ههنا وان عللنا بأنه لو أخر ربما لزم العقد فصار المبيع كالأعلى فلا لأن المشتري بملك الغير لا يقع له بحال (واعلم) أنه إذا ثبت الرد للوكيل في صورة الشراء في الذمة فلو أطلع الموكل على العيب قبل اطلاع الوكيل أو بعده ورضى سقط خيار الوكيل بخلاف الرد فان رضى المالك بحظه فمن الرجوع ولا يسقط خيار الموكل بتأخير الوكيل وتقصيره وإذا أخر أو صرح بألزام العقد فهل له العود إلى الرد لان أصل الحق باق بحاله وهو نائب أم لا وكأنه

أو الوكيل كلام الرامي رضى الله عنه يقتضى أنه الكيل والذي رأيت في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة خلافه فإنه قال ويجوز أن يباع الرطب بالخرص بالرطب الموضوع بالأرض بالخرص إذا نقص عن خمسة أوسق *

(فرع) عرفت ان الأصح من الأوجه الثلاثة المنع . طلقاً وقد شذّب ابن أبي عمرون فصيح قول أبي اسحق أنه إذا اختلف نوعهما صح *

(فرع) إذا كان الرطب بالرطب كلاًهما على الأرض لم يجز بجزء بذلك صاحب الشامل وصاحب البحر وصاحب التهذيب . لأنه يتسارع اليه الجفاف أو الفساد فلا يحصل التقصود وهو أكل الرطب على الامام وحكي القفل في شرح التلخيص فيه وجهين وقال المتولى أن فيه الأوجه الثلاثة وقال إمام الحرمين في حكاية الأوجه الثلاثة عن حكاية العراقيين في بيع الرطب بالرطب (الثالث) الفصل بين أن يكون الرطبان أو أحدهما على الأرض فيمتنع أو يكونا على الشجر فيجوز وهذا يقتضى أن أحد الأوجه قائل بالجواز . طلقاً إذا كانا على الأرض أو أحدهما ولم أجد في طريق العراقيين من نص على الجواز فيما إذا كانا على الأرض ولا يحصى فيه خلافاً وإنما الخلاف في ذلك في

بالتأخير أو الأضرار عزل نفسه عن الرد ووجهان (أظهرهما) الثاني وإذا قلنا به أو أثبتنا له العود ولم يعد فاذا اطلع الموكل عليه وأراد الرد فله ذلك إن سماه الوكيل في الشراء أو نواه وصدقه البائع عليه وإلا فوجهان (أحدهما) وهو المذكور في التهذيب والتمتة أنه يردّه على الوكيل ويلزم للمبيع لأنه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل فيصرف اليه (والثاني) وهو الذي نقله الشيخ أبو حامد وأصحابه أن المبيع يكون للموكل والرد قد فات لتفريط الوكيل وما الذي يضمن قال أبو يحيى الباخي قدر نقصان قيمته من الثمن ولو كانت القيمة تسعين والثن مائة يرجع بعشرة ولو تساوا فلا رجوع وقال الأكثرون يرجع بارش العيب لأنه فات الرد بغير تقصيره فكان له الأرض كما لو تعذر الرد بعيب حادث إلا أن هناك يوجد الأرض من البائع لتلبيسه وههنا من الوكيل لتقصيره ولو أراد الوكيل الرد فقال البائع أحزه حتى يحضر الموكل لم يلزمه الأجابة بل له الرد اثلاً يصير المبيع كلاً عليه أو يلزمه الغرم ولأن الرد حيث ثبت له فلا يكاف تأخيريه وإذا رد ثم حضر الموكل ورضيه احتاج الى استئناف شراء ولو أخره كما التمس البائع فحضر الموكل ولم يرض به قال في التهذيب المبيع للوكيل ولا رد لتأخيريه مع الأمكان وقيل له الرد لأنه لم يرض بالعيب قال وهو ضعيف ولك أن تقول له أنت وسائر الثالثة متفقون على أنه إذا رضى الوكيل بالعيب ثم حضر الموكل وأراد الرد فله ذلك إذا كان الوكيل قد سماه أو نواه وههنا الوكيل والموكل والبائع يتصادقون على أن الشراء للموكل

طريقة الخراسانيين ومن حكمي الأوجه الثلاثة فيه صاحب التتمة وإذا جوزنا ذلك فهل يباع خرصاً أو كيلاً الذي يقتضيه كلام القفال رضى الله عنه وصاحب التتمة الأول فانه قل فأما بيع الرطب بالرطب خرصاً وهما موضوعان على الأرض أو بيع الرطب على رؤس الشجر بالرطب خرصاً فعلى وجهين (أحدهما) يجوز لأن بيع الرطب بالتر فيه وجوبان خرصه رطباً ثم خرصه تمرّاً ومع ذلك يجوز وإذا كان الرطب على الأرض فليس فيه إلا جهالة واحدة وهو أن يقول خرصها تمرّاً كذا ويعلم مقدارها في الحال فهذا بالجواز أولى هذا ما رأيته في شرح التلخيص للقفال ونقل الراغب رحمه الله تعالى أن القفال ذكر في شرح التلخيص أنه على الخلاف لانه إذا جاز البيع وأحدهما أو كلاهما على رؤس النخل خرصاً واحتملت الجهالة فلا يجوز مع تحقق الكيل في الجانبين كان أولى فلوهم هذا النقل أمرين (أحدهما) أن القفال جعل بيع الرطب بالرطب للمقطوع على الأوجه الثلاثة وليس في كلامه إلا ذكر وجهين (والثاني) أنه يكون البيع في ذلك كيلاً والقفال إنما قال خرصاً وكذلك صاحب التتمة نعم رطباً بل يخرص ما يحىء منهما تمرّاً فحسب والذي يقتضيه ذلك أنه إذا علم أن كيل هذا الرطب الآن أربعة أوسق وكيل الرطب الآخر أربعة ونصف وخرص ما يحىء منهما تمرّاً

فلا بد وأن يكون قد سماه ونواه ووجب أن يقال للبيع للموكل وله الرد ولو أراد الوكيل الرد فقال البائع إنه قد عرفه للموكل ورضى به وليس لك الرد نظر إن لم يحتمل بلوغ الخبر اليه لم يلتفت إلى قوله وإن احتمل وأنكر الوكيل حلف على نفي العلم برضى الموكل لأنه لو أقر به للزمه حكم إقراره وعن أبي حامد القاضى وغيره وجه آخر أنه لا يخاف والمذهب الأول وقوله في المختصر وإن وكله بشراء سلعة فأصاب بها عيباً كان له الرد بالعيب وليس عليه أن يحلف أنه ما رضى به إلا مؤول عند الاصحاب محمول على ما إذا لم يكن ما يدعيه محتملاً أو على ما إذا احتمل طاب اليقين منه على البت أو على ما إذا لم يجزم بالدعوى ل قال أجز فاعله باغه الخبر ورضى به ومنهم من غلط الزنى في النقل وقال انه أدخل جواب مسألة في مسألة إذا عرفت ذلك فإذا عرضنا اليقين على الوكيل لم يخل إما أن يحلف أو يشك ان حلف رده فإن حضر الموكل وصدق البائع فعن ابن سريج أن له استرداد المبيع من البائع لموافقة إياه على الرضى قبل الرد وفي التتمة أن القاضى الحسين قل لا تسترد وينفذ فسخ الوكيل فان كحل حلف البائع وسقط رد الوكيل ثم إذا حضر الموكل وصدق البائع فذاك وإن كذبه قال في التهذيب لزم العقد للوكيل ولا رد له لا بطاله الحق بالنكول وفيه من الاشكال ما قدمناه هذا كله في طرف الشراء أما الوكيل بالبيع إذا باع فوجد المشتري بالمبيع عيباً رده عليه ان لم يعلمه وكيلاً وإن علمه وكيلاً رده عليه ان شاء ثم هو يرد على الموكل وعلى الوكيل ان شاء

فكانا سواء أنه يجوز البيع ولا اعتبار بالتفاضل في الكيل الآن حينئذ تحقيق الكيل في الجانبين لا أثر له الا تخفيف غرر خرصه تمرأ فانه يكون حينئذ أقل خطأ فتنبه لذلك فان ما نقله الرافعي رضي الله عنه عن القفال يوهم أنه لو باع صاع رطب بصاع رطب مقطوعين صح من غير اعتبار الخرص وليس في كلام القفال ذلك والله أعلم * وقد تابع الرافعي على ذلك ابن الرزمة فقال ان معياره الكيل كما قاله الرافعي وهو وهم والمناقشة في هذا الفرع تقرب من المناقشة في الفرع المتقدم قريبا في بيع الرطب على الدخل بالرطب المقطوع على الأرض وقال القاضي حسين في تعليقه لا خلاف أن بيع الرطب بالتمر كيلا على الأرض أو على الشجر من غير اعتبار المآل لا يجوز وهي الزبانة فهذا نص القاضي أكبر تلامذة القفال وأعلم بكلامه وبالجملة فما أوهمه كلام الرافعي غير مقبول والله سبحانه أعلم ﴿ فائدة ﴾ أربع مسائل تنبني على أصل واحد وهو أن العرية جوزت للحاجة أو رخصة فعلى الأول لا تصح إلا في التمر والرطب على الدخل للفقراء وعلى الثاني تصح مع الأغنياء بالرطب على الأرض وإذا كانا رطبين من الجانبين فالها القاضي حسين *

وهل للوكيل حظ بعض الثمن للعيب فيه قولان عن ابن سريج ولو زعم الموكل حدوث العيب في يد المشتري وصدق الوكيل المشتري رد المشتري على الوكيل ولم يرد الوكيل على الموكل * ﴿ فرع ﴾ سأتى في القراض أن الوكيل بالشراء هل يشتري من يعتق على الموكل ان قلنا يشتريه فلو كان معيباً فلو وكيل رده لانه لا يعتق على الموكل قبل الرضى بالعيب ذكره في التهميد * قال ﴿ الرابعة الوكيل بتصرف معين لا يوكل الا اذا أذن له فيه * فلو وكل بتصرفات كثيرة وأذن في التوكيل وكل * وان اطلق فثلاثة اوجه * وفي الثالث بوكال في المقدار المعجوز عنه ويباشر الباقي * ثم لا يوكل الا أميناً رعاية للعبطة ﴾ *

مقصود الفصل الكلام في أن الوكيل هل يوكل لا يخلو اما أن ياذن له الموكل في التوكيل صريحاً أو يسكت عنه ان سكت عنه فينظر ان كان أمراً يتأني له الاتيان به لم يوكل فيه لانه لم يرض بتصرف غيره وان لم يتأت ذلك منه اما لانه لا يحسن أو لان الاتيان به لا يليق بمنصبه فله التوكيل فيه لان الشخص لا يقصد منه الا الاستنابة فيه وفيه وجه أنه لا يوكل لتصور قضية اللفظ ولو كثرت التصرفات التي وكل بها ولم يمكنه الاتيان بالكل لكثرتها ففيه ثلاثة طرق (أصحها) أنه يوكل فيما يزيد على قدر الامكان وفي قدر الامكان وجهان (أحدهما) يوكل فيه أيضاً لانه ملك التوكيل في البعض فيوكل في الكل كما لو أذن صريحاً (وأصحها) أنه لا يوكل في القدر المقدور له لانه لا ضرورة اليه (والثانية) أنه لا يوكل في قدر الامكان وفيما يزيد عليه وجهان (الثالثة) اطلاق

(فرع) بيع التمر بالرطب على الارض قال المحاملى لا خلاف على المذهب أنه لا يجوز وذلك ظاهر على طريقة العراقيين فى اتفاقهم على منع بيع الرطب بالرطب وهما على الارض أما المرافعة فقد تقدم الخلاف عنهم فى الرطب بالرطب وهما على الارض فلا جرم ذكروا أيضا خلافا فى الرطب بالتمر قال اقماضى حنين وجهان (أحدهما) لا يجوز لان المعنى الذى جوزت له العرية وهو الانتفاع على مرور الايام لا يتحقق لانها لا تبخف فى الحال (والثانى) يجوز لأنه لما جاز على الدخلة مع الخرص فلأن يجوز مع يئسه والاحاطة به أولى وقال الامام إن بنينا الباب على الاتباع امتنع وان جعلنا الخرص أصلا سوغنا وسيأتى قول الامام الذى ادعى فيه أن الخرص أصل مع تلوم وقد تقدم التعرض لهذه المسألة والتنبيه على الجزم بأن ذلك لا يجرى فى غير العرايا والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

(ولا يجوز فى العرايا فيما زاد على خمسة أوسق فى عقد واحد لما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن الخاربة والمحاقلة والمزابنة) فالمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق من حنطة والمزابنة أن يبيع الثمر على رؤس النخل بمائة فرق والخاربة كراء الارض بالثلث والرابع *

الوجهين فى الكل قال الامام رحمه الله تعالى والخلاف على اختلاف الطرق ناظر الى اللفظ والقرينة وفى القرينة تردد فى التعميم والتخصيص أما اذا أذن له فى التوكيل فله أن يوكل ثم له ثلاث صور لانه اما أن يقول وكل عن نفسك أو وكل عني أو يطلق (الصورة الاولى) اذا قال وكل عن نفسك ففعل انزل الثانى بعزل الأول لانه نائبه وفيه وجه أنه لا ينزل الا بالاذن واجرى هذا الخلاف فى انزاله بموت الأول وجنونه (والاصح) الانزال ولو عزل الموكل الوكيل للأول انزل وفى انزال الثانى بانزاله هذا الخلاف ولو عزل الثانى فى انزاله وجهان (أحدهما) لا ينزل لانه ليس بوكيل من جهته (وأصحهما) أنه ينزل كما ينزل بموته وجنونه والعبارة المعبرة عن هذا الخلاف أن الثانى وكيل الوكيل كما صرح به فى التوكيل أو وكيل الأول ومعنى كلامه أقم غيرك مقام نفسك والاصح أنه وكيل الوكيل لكنه اذا كان وكيل الوكيل كان فرع الفرع وفرع الفرع الأصل فينزل بانزاله (الصورة الثانية) اذا قال وكل عني ففعل فالثانى وكيل الموكل كالاول وله عزل أيهما شاء وليس لواحد منهما عزل الآخر ولا ينزل بانزال الآخر (الثالثة) اذا قال وكلتك بكذا وأذنت لك فى أن توكل بهوكيلا ولم يقل عني ولا عن نفسك ففيه وجهان (أحدهما) ان الحكم كما فى الصورة الاولى لان المقصود فى الاذن فى التوكيل تسهيل الامر عليه (وأصحهما) أنه كالصورة الثانية لان التوكيل تصرف يتولاه باذن الموكل فيقع عنه اذا

﴿الشرح﴾ حديث جابر رضى الله عنه رواه مسلم بهذا اللفظ وقال البيهقي إن البخاري رواه ولم أره في البخاري إلا من رواية أبي سعيد الخدري وما ذكره المصنف ذكره الشافعي هكذا روينا في مسند الشافعي من طريق الربيع عنه وكذلك هو في الأم في باب المزبنة والتفسير يحتمل أن يكون من قول جابر فإن في مسلم في الرواية قال عطاء فسر لنا جابر قال أما الخبارة فالارض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها ثم يأخذ من التمر وزعم أن المزبنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحلب كيلا وفي رواية أخرى في مسلم المحاقلة أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم والمزبنة أن يباع النخل بأوساق من التمر والخبارة الثلث والرابع وأشبه ذلك وفي هذه الرواية ذكر الحديث وهذا التفسير جملة ثم قال الراوى قلت لعطاء بن أبي رباح أسمعت جابر بن عبد الله يذكر هذا عن رسول الله ﷺ قال نعم وظاهره أن التفسير من قول النبي ﷺ وعندى فيه توقف لأن الراوى الأول عن عطاء الذى ميز التفسير من الحديث أجل من راوى الرواية الأخرى المحتملة وقوله بمائة فرق المقصود بذلك على جهة المثال لأنه تحديد * والامام

جوزنا للتوكيل أن يوكل فى صورة سكوت الموكل عنه فينبغى أن يوكل عن موكله فلو وكله عن نفسه ففيه وجهان وهذا لان القرينة المجوزة للتوكيل كالإذن فى مطلق التوكيل ويشترط على الوكيل حيث ملك التوكيل أن يوكل أميناً رعاية لمصلحة الموكل الا أن يعين له من ليس بأمين ولو وكل أميناً ففسق فهل له عزله فيه وجهان *

﴿فرع﴾ إذا وكله بتصرف وقل له افعل فيه ما شئت هل يكون ذلك كالإذن فى التوكيل فيه وجهان عن ابن سريج (أصحهما) لا وقوله افعل ما شئت ينصرف إلى تصرفه بنفسه (وقوله) فى الكتاب الوكيل بتصرف معين لا يوكل إلا إذا أذن فيه غير معمول بظاهره بل المعنى إلا إذا كان الموكل فيه مالا يتأتى للتوكيل مباشرة فان الطاهر جواز التوكيل والحالة هذه كما تقرر (وقوله) فان أطلق فثلاثة أوجه هى حاصل ما يخرج من الطرق الثلاثة التى قدمناها واعلم أن الصورة المذكورة فى أول الباب إلى هذه الغاية موضوعة فى الوكيل المطلق ومن هذا الموضع إلى آخره فى التوكيل المقرون بضرب من التقيد * قال ﴿الخامسة تتبع مخصصات الموكل﴾ فلو قال بع من زيد لم يبع من غيره * وان خصص زماناً تعين * وان خصص سوقاً يتفاوت بها العرض تعين والا فلا * واذا صرح بالهوى عن غير المخصوص امتنع قطعاً * ولو قال بع بمائة يبيع بما فوّه الا إذا نهاه عنه * ولا يبيع بما دونه بحال * ولو قال اشتر بمائة يشتري بما دونها الا إذا نهاه * ولا يشتري بما فوقها بحال * ولو قال بع بمائة نسيئة فباع نقداً بمائة * أو قال اشتر بمائة نقداً فاشترى بمائة نسيئة فوجهان لان التفاوت فيه يشبه

الشافعي رضى الله عنه روى في الأم سؤال ابن جريج لعطاء وإن جابرا فسرهما لهم ثم قال الشافعي وتفسير الحاقلة والمزابنة في الأحاديث يحتمل أن يكون على رواية من هو دونه والله أعلم * وقال أبو عبيد القاسم بن سلام في غريب الحديث سمعت غير واحد ولا أتبين من أهل العلم ذكر كل واحد منهم طائفة من هذا التفسير فقالوا الحاقلة بيع الزرع وهو في سنبله بالبر وهو مأخوذ من الحقل والحقل هو الذى يسميه أهل العراق القداح يعني الأرض المعدة للزراعة كما اقتضاه كلام غيره وصرح به ابن باطيش وهو في مثل يقال لا تنبت البقلة إلى الحقلة والحقل السنبلة قال الماوردى جاء عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع الطعام في محمله» يعني في سنبله قالوا والمزابنة بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر * وقال أبو عبيد في الحاضرة هي المزارعة بالنصف والثلث والرابع فأقل من ذلك وأكثر وهو الخير أيضا وكان أبو عبيدة يقول بهذاسمى الأكار الخير لأنه يخبر الأكرض والخائرة المذاكرة قال ابن باطيش وقيل إن أصلها مشتق من خير لأن النبي ﷺ أقر أهل خير عليها لما فتحها على أن لهم النصف من ثمارهم وزرعهم وعليهم العمل قليل قد خابهم أى عاملهم بخير وهذا التفسير مطابق للمذهب الشافعي رحمه الله تعالى

اختلاف الجنس * ولا خلاف أنه لو قال بع بألف درهم فباع بألف دينار لم يحز وفيه احتمال * الأصل في هذه الصورة وما بعدها أنه يجب النظر بتقييدات الموكل في الوكالة ويشترط على الوكيل رعاية المفهوم منها بحسب العرف وفي الفصل صور (أحدها) إذا عين الموكل شخصا بأن قال بع من زيد أو وقتا بأن قال بع فى يوم كذا لم يحز أن يبيع من غيره ولا قبل ذلك الزمان ولا بعده أما الأول فلأن ذلك الشخص للمعين قد يكون أقرب إلى الحل وأبعد عن الشبهة وربما يريد تخصيصه بذلك المبيع وأما الثانى فلأنه ربما يحتاج إلى البيع فى ذلك الوقت ولوعين مكانا من سوق ونحوها نظر أن كان له فى المكان للمعين غرض بأن كان الراغبون فيه أكثر أو النقد فيه أجود لم يحز أن يبيع فى غيره وإن لم يكن غرض ظاهر فوجهان (أحدهما) يجوز والتعيين فى مثل ذلك يقع اتفاقا هذا ما أورده فى الكتاب وبه قال القاسم أبو حامد وقطع به الغزالي (والثانى) لا يجوز لأنه ربما يكون له غرض لا يطلع عليه وهذا أصح عند ابن الفطان وصاحب التهذيب وأونهاء صريحا عن البيع فى غير ذلك الموضع امتنع بلا خلاف وذكر أن كج أن قوله بع فى بلد كذا كقوله بع فى سوق كذا حتى لو باعه فى بلد آخر جاء فيه التفصيل المذكور وهذا صحيح ولا يكره يصير ضامنا لآمال لقله من ذلك البلد وكذا الثمن يكون مضمونا فى يده بل لو أطلق التوكيل بالبيع وهو فى بلد فليبعه فى ذلك البلد ولو نقله صار ضامنا (الثانية) لو قل بع بمائة درهم لم يبيع بما دونها وله أن يبيع بما فوقها والمقصود من التقدير أن لا ينقص ثمنها عن المقدّر نعم لو نهاه صريحا لم يبيع بما فوقها وحكي العبادى أن

وذكر أصحابنا أن المحاقلة استكرأ الأرض ببعض ما يخرج منها وهو الخابرة وقديقال استكرأ الأرض في الحنطة واستدلوا على ذلك بما روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة والمحاقلة استكرأ الأرض بالحنطة قال الشيخ أبو حامد وغيره وما قلناه أولى يعني بعد تعارض الروايتين لأن اللغة تشهد له وذلك أن هذه اللفظة من الحقل وهو الزرع ويقال الحقل القداح المزوعة والحوائل المزارع قال أبو الطيب وكذلك لا يصح إجارته بحال لانه قال في شرح التلخيص إن الحقل الأرض البيضاء وروى الشافعي رضي الله عنه ومسلم بن الحجاج في الصحيح عن سعيد بن المسيب في مراسلته تفسير المحاقلة بالامرین جميعا قال الشيخ أبو حامد فثبت التفسير الذي ذكرنا يعني أنه مستعمل في ذلك فاما استعماله في المعنى الآخر فيمكن أن يقال ان ذلك مرسل مخالف للقياس لان الاجرة بدل من منافع الارض وليس في كون الحب أجرة لمنافع الأرض معني يوجب فساد العقد ويمكن أن يقال ان هذا المرسل يعترض بحديث أبي سعيد وتكلم في وجه القياس في ذلك ومحل ذلك ينبغي أن يكون في كتب الأجرة وإنما نتكلم هنا في المزبنة قال الماوردي وغيره المزبنة في اللغة المدافعة ولهذا سميت الزبانية لانهم يدفعون الى النار وقالوا زبنت الناقة برجلها اذا دفعت قال الشاعر

ومستعجب مما يرى من آياتنا * ولو زبنته الحرب لم يتمعجب

بعض البصريين من أصحابنا لم يجوز أن يبيع بما فوق المائة والمشهور الأول وهل له أن يبيع بمائة وهناك من يرغب بالزيادة على المائة فيه وجهان (أحدهما) نعم لموافقة صريح اذنه (والثاني) لا كما لو أطلق الوكالة فباع بثمن المثل وهناك من يرغب بالزيادة وذكر الأئمة أنه لو كان المشتري معينا بأن قال بع كذا من فلان بمائة لم يجوز أن يبيع بأكثر منها وكان المعني فيه أنه ربما يقصد ارفاقه ولو قال بع كذا ولا تبعه بأكثر من مائة لم يبيع بالأكثر ويبيع بها وبما دونها مالم ينقص عن ثمن المثل ولو قال بعه بمائة ولا تبعه بمائة وخمسين فله أن يبيع بما فوق المائة ردون امانته والخمسين ولا يبيع بالمائة والخمسين وفيما فوق ذلك وجهان عن ابن سريج (أصحهما) المنع لانه للمنهى عن زيادة خمسين فعن ما فوقها أولى وكذلك في طرف الشراء لو قال اشتري بمائة له أن يشتري بما دونها إلا إذا نهاه ولا يشتري بما فوقها ولو قال اشتري بمائة ولا تشتري بخمسين يجوز أن يشتري بما بين المائة والخمسين ولا يشتري بخمسين وفيما دونها الوجهان (الثالثة) لو قال بعه إلى أجل وبين قدره أو قلنا لا حاجة إلى البيان وحملناه على المعتاد فخالف وباع حالا نظر إن باعه بما يساويه حالا لم يصح لأنه يكون ناقصا عن ما أمر به فان ما يشتري به الشيء نقداً أقل مما يشتري به نسيئة ولو باعه بما يساويه الى ذلك الأجل حالا نظر إن كان في وقت لا يؤمن فيه من نهب أو سرقة أو كان لحفظه مؤنة في الحال لم يصح أيضا وإن لم يكن شيء من ذلك

يُسمى بيع الرطب بالتمر مزبنة لانه دفع بالتمر باسم المزابنة بالرطب وبيعه لا يجوز قال الازهرى
وانما خصوا بيع التمر في رؤس النخل بالتمر باسم المزابنة لانه غر لا ينقص المبيع بكيل ولا وزن وخرصه
حدس وظن . يعني لا يؤمن فيه من الربا المحرم وهذا يقتضي أن المزابنة تخص بيع التمر على رؤس
النخل وهو مقتضى التفسير الذي ذكره المصنف في الحديث عن جابر كذلك قال ابن الصباغ
وآخرون وقد تقدم في كلام أبي حامد وغيره مع الحنفية أن بيع الرطب بالتمر مطلقا يسمى مزابنة
وهو مقتضى كلام الماوردي الذي ذكرته الآن وكذلك قال الخطابي وقد جاء في رواية يحيى بن بكر
في الموطأ في حديث ابن عمر في تفسير المزابنة قال المزابنة الرطب بالتمر كيلا والمعنى واحد أو متقارب
وتبين ان صح أن المراد بالتمر الرطب والله أعلم . وقد ذكر رواية أبوب عن نافع عن ابن عمر أن المزابنة
أن يباع الرجل ثمرته بكيل ان زاد الى وان نقص فلي وهو قريب من الاول قال ابن عبد البر ولا
خلاف بين العلماء أن المزابنة ما ذكر في هذه الأحاديث تفسيره عن ابن عمر من قوله أو مرفوعا
وأقل ذلك أن يكون من قوله وهو راوى الحديث فنسلم له فكيف ولا تخاف له في ذلك وكذلك
كل ما كان في معناه من الجفاف بالكيل في الجنس الواحد المطعوم أو الرطب اليابس من جنسه

فوجهان (أحدهما) المنع أيضا فانه ربما كان يحتاج إلى الثمن في ذلك الوقت ويخاف من التجهيل خروجه
في نفقة (وأصحهما) على ما ذكره في التهذيب الجواز لانه زاد خيرا ولا فرق فيما ذكره بين ثمن المثل عند
الاطلاق وبين ما يقدره من الثمن بأن قال بع بمائة نسيئة فباع بمائة نقدا كما صور في الكتاب ولو
قال بع بكذا إلى شهرين فباعه إلى شهر ففيه وجهان ولو قال اشتر حالا فاشتره مؤجلا نظر ان اشتره
بما يرغب به فيه حالا إلى ذلك الاجل فوجهان كما في طرف البيع (وجه) الجواز مامر (وجه) المنع أنه
ربما يخاف هلاك المال وبقاء الدين في ذمته قال أبو سعيد المتولى هذا اذا قلنا ان مستحق الدين المؤجل
اذا عجل حقه يلزمه القبول (أما) اذا قلنا لا يلزمه القبول لا يصح الشراء ههنا للموكل بحال وذكر هو
وغيره تخريجا على المسألة التي نحن فيها أن الوكيل بالشراء مطلقا لو اشترى نسيئة بمن مثله جاز
لأنه زاد خيرا والموكل بسبيل من تفرع دمه بالمعجل (وقوله) في الكتاب لأن التفاوت فيه
نسيئة اختلاف الجنس أي في القدر والنسيئة وانما يشبهه باختلاف الجنس لما بين الدين والعين أو بين
الحال والمؤجل من شدة اختلاف الأغراض وهذا توجيه وجه المنع في صورتي البيع والشراء ولذلك
عقبه بقوله ولا خلاف أنه لو قال بع بألف درهم فباع بألف دينار لم يحز وانما كان كذلك لأن الماتى
به ليس هو المأمور به ولا هو مشتمل على تحصيل مأمور بتحصيله والوكيل متصرف بالاذن فاذا
عزل عن المأذون فيه لغا تصرفه وأما قوله وفيه احتمال فقد أورد القاضي ابن كعب نحو ما منه وليس له

والفرق مكيال من السكايل يسع ستة عشر رطلاً والمشهور فيه فتح الرأ وفيه لمة أخرى بأسكانها
حكاه ابن قابوس وابن سيده وأنكرها ثعلب فعلى المشهور هو مشترك بينه وبين الخوف والله أعلم *
وجمع الفرق على اللغتين فرقان كبطن و بطنان وحمل وحملان قاله ابن الاثير في شرح مسند الشافعي
والوسق - بفتح الواو وكسرها والفتح أفصح - يجمع على أوسق وأوساق ووسوق وقال المروى قال شمر كل شيء
حملته وسقطه وقل غيره الوسق ضدك الشيء إلى الشيء بضمه إلى بعض وقال ابن سيده الوسق حمل
بغير وقيل هو ستون صاعاً بصاح النبي ﷺ وقيل هو العدل وقيل العدلان * وقد اتفق الأصحاب
على الحكم المذكور قال الشيخ أبو حامد والحاملي لا خلاف أن نيزاد على خمسة أوسق لا يجوز وهو
مذهب مالك وأحمد وقول محمد بن السالكية أنه ينبغي إذا وقع ذلك ولو جوز ابتداء من غير كراهة
لـ كان أقيس يعني إذا اشتراها بخرصها قدماً لأن عند مالك الخمسة الأوسق فما دونها يتباع بالستة كما
تقدم وهذا قول شاذ وقد تقدم عند الكلام في اقتضاء جوازها للأغنياء ما يمكن أن يتعلق به من
جهة حمل المطلق على المقيد وجوابه والصواب الأول والنص الصريح في النهي عن الزاينة دليل عليه
والضرفيه أنه بيع طعام بمنه مجهول التساوي ولم يرد فيه رخصة ولا هو في معنى ما وردت فيه وكذلك

ذكر في الوسيط ولا في كتاب الأمام رحمه الله تعالى ويمكن توجيهه بأننا عرفنا بالتوكيل رغبته في
البيع ومن رغب في البيع بالدرهم فهو في البيع بمثل عددها من الدنانير أرغب هذا هو العرف العالب
وكما أن البيع بالدنانير غير المأذون فيه وهو البيع بالدرهم كذلك البيع بالمائتين غير المأذون فيه وهو
البيع بالمائة ألا ترى أنه لو قل بعك بمائة درهم لم يصح القبول بمائتي درهم كما لا يصح بمائتي دينار
فاذا صححنا البيع بالمائتين اعتماداً على العرف فكذلك البيع بالدنانير وعلى هذا الاحتمال فالبيع بعرض
يساوي مائتي دينار يشبه أن يكون كل بيع بمائة دينار *

قال ﴿ ولو سلم إليه ديناراً ليشتري شاة فاشتري شاتين تساوي كل واحدة منهما ديناراً وباع
أحدهما بدينار ورد الدينار والشاة فقد فعل هذا عروة البارقي مع رسول الله ﷺ فدعاه فهو صريح
على أسد القولين * وفي بيع الشاة خلاف طهر * وتأويل الحديث أنه عمله كن وكيلاً مطلقاً *
صور المسألة أن يسلم ديناراً إلى وكيله ليشتري له شاة ووصفها فاشتري الوكيل شاتين بتلك
الصفة بدينار فينظر إن لم تساوي كل واحدة منهما ديناراً لم يصح الشراء للموكل وإن زادنا معا على
الدينار لأنه ربما ينبغي شاة تساوي ديناراً فإن كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً فقولان (أصحها)
صحة الشراء وحصول الملك فيهما للموكل لأنه أذن له في شراء شاة بدينار فإذا اشترى شاتين كل
واحدة منهما تساوي ديناراً بدينار فقد زاد خيراً مع تحصيل ما طلبه الموكل فأشبه ما إذا أمره ببيع شاة

الحاقلة للنقص والمعني المذكور ومعني آخر وهو أنه يبيع طعام وتبين بطعام وذلك لا يجوز وأيضاً لان من دونه حائل قاله ابن أبي هريرة والاصحاب وليس هذا محل الكلام على الحاقلة والخبرة وإنما نتكلم هنا في المزابنة (فائدة) الفرق بين الحاقلة والعرايا حيث جوز في العرايا في القليل ولم يجوز في الحاقلة في قليل ولا كثير والفرق ظاهر وهو الحاجة إلى أكل الرطب حل كونه رطباً بخلاف السنبل فإنه لا يحتاج إليه والله أعلم * وقد اتفق الاصحاب على أنه إذا زاد على خمسة أوسق في عقد واحد لا يصح قال الماوردي (في قبل) فهذا أبطل ما هو فيه زاد على الخمسة وجوزتموه في الخمسة (قبل) لأنه بالزيادة على الخمسة قد صار مزابنة والمزابنة كلها فاسدة وهذا الجواب لا يفي فإن الخمسة إذا كانت جائزة فصحت مع غيرها فالتيسر تخريجه على تفريق الصدقة والمزابنة قد استثنى منها مقدار خمسة أوسق فاعل مأخذ المنع من ذلك الاحتياط في عقود الربا وأنه بالزيادة صار العقد ربا والربا حرام بخلاف عقد لم ينه عنه ورد على ما يجوز وما لا يجوز فلا يوصف بالحرمة المطلقة ولا بالحل المطلق بل هو بالنسبة إلى ما يجوز حلال وإلى غيره حرام وأما عقود الربا فحرام من حيث هي لا لأمر يرجع إلى العقود عليه بل إلى نفس تلك المقابلة والله أعلم * وقد وفي الجوزي بمقتضى التخريج وحكى قولين فيما إذا عقد على

بدرهم فباعها بدرهمين أو يشتري شاة بدرهم فاشتراها بنصف درهم (والثاني) أنه لا تقع الشان مع الموكل لانه لم يأذن إلا في شراء واحدة ولكن ينظر ان اشتراها في الذمة فالموكل واحدة بنصف دينار والأخرى للموكل ويرد على الموكل نصف دينار والموكل أن ينزع الثانية منه ويقرر العقد فيها لأنه عقد العقد له وان اشتراها بدين لدينار فكأنه اشتري واحدة بأذنه وأخرى بغير اذنه فيدني على أن العقود هل تتوقف على الأجازة ان قلنا لا تتوقف بطل العقد في واحدة وفي الثانية قولاً فريق الصفقة (وان قلنا) تتوقف فأن شاء الموكل أخذها بالدينار وان شاء اقتصر على واحدة ورد الأخرى على المالك والقول في وضعه مشكل لأن تعيين واحدة للموكل أو بطلان العقد في ماليس باولى من الأخرى والتخيير مشبه بما إذا باع شاة من شاتين على أن يتخير المشتري وهو باطل ونزل الامام رحمه الله تعالى فيما إذا اشترى في الذمة قولاً ثالثاً وهو ان الشراء لا يصح للموكل في واحدة منهما بل يقعان الموكل وإذا قلنا بصحة الشراء فيهما للموكل فلو باع الوكيل أحدهما عن غير اذن الموكل ففي صحة البيع قولان عن ابن سريج (أحدهما) المنع لأنه لم يأذن في البيع فاشبه ما إذا اشترى شاة بدينار ثم باعها بدينارين (والثاني) أنه يصح لأنه إذا جاء بالشاة فقد حصل مقصود الموكل فلا فرق فيما زاد بين أن يكون ذهباً أو غيره وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شاة بدينار وباعها بدينارين ويقال هذا الخلاف هو بعينه القولان في بيع الفضولي فبلى القول الجديد يلغو على القديم ينقذ موقفاً على اجازة

أكثر من خمسة أوسق (أحدهما) لا من نكح أختين (والثاني) يصح في الحصة ويبطل في الزائد وللمشتري الخيار ^(١) وقد علمت أن المزابنة بيع بالثمر والمحاقلة بيع الزرع بالحنطة ثم إن سائر الثمار في شجرها بحسبها لا يجوز وسائر الزرع في سنبله كذلك فاختلأ أصحابنا على ما حكاه الماوردي هل ذلك لسخولها في اسم المزابنة أو قياسا عليها (فأحد الوجهين) وهو ظاهر مذهب الشافعي أن ذلك لسخول سائر الثمار في اسم المزابنة وسائر الزرع في اسم المحاقلة فكان تحريره نصا لا قياسا (والوجه الثاني) وهو مذهب أبي علي بن أبي هريرة أن الأرض في المحاقلة والمزابنة يختص بالحنطة والنخل وسائر الزروع مقيسة على الحنطة في المحاقلة وسائر الثمار مقيسة على النخل في المزابنة فكان تحريره قياسا لانصا قال القفال في شرح البلخيصة المحاقلة بيع الزرع في الأرض بعد ما يعقد الحب بالحنطة وقال القاضي حسين المحاقلة بيع الحنطة المنقاة بالحنطة في السنابل وذلك لا يجوز وهو مشتق من الحقل وذلك اسم الأرض البيضاء والمزابنة بيع الرطب على الأشجار بالثمر على وجه الأرض فلما إذا باع الحنطة على وجه الأرض بالفضل قبل أن يتسنبل أو قبل أن تشتد فيه الحبات فإنه يجوز لأنه بيع الحنطة بالحشيش وكذا لو باع الحنطة على وجه الأرض بالشعير في سنبله جاز وأما إذا باع الشعير على وجه الأرض بالقمح في سنبله ففيه قولان كما بيع العائب وقال مالك رحمه الله صورة المحاقلة

(١) يياص بالاصل

الموكل واعلم أن صورة المسألة شراء وبيعا قد نقل في حديث سروة البارق وهو مذكور في أول البيع في مسألة الفضولي واحتج بهذا الحديث لكل واحد من القوابين في أصل المسألة اما لا يقول الأصح فلأن النبي ﷺ فرره على شرائها وألزم العقد فيهما واما لا يقول الثاني فلأن الشاتين لو وقعتا للنبي ﷺ لما باع أحدهما قبل مراجعته لأن الإنسان لا يبيع مال الغير كيف وقد سلم وتصرف الفضولي وإن حكم بانعقاده فلا كلام في أنه ليس له التسليم قبل مراجعة المالك وإجازته فلما باع أحدهما دل على أنها دخلت في ملكه وقد يقال هب أن واحدة منهما ملكه لكنهما لا يتنعين مالم يختار الموكل واحدة منهما أو يجري فيهما اصطلاح في ذلك وإذا لم تكن التي ملكها ممييزة فكيف يبيع واحدة منهما على التنعين ثم القائلون بالقول الأول والاحتجاج الأول احتج من ذهب منهم إلى صحة بيع إحدى الشاتين بالحديث ومن منع حمل القضية على أن عروة كان وكيفا مطلقا من جهة النبي ﷺ في بيع أمواله إذا رأى رأى المصلحة فيه واسكن في هذا التأويل بحث لأنه إن كان قد وكله في بيع أمواله وما سيملكه وقع في الخلاف المذكور في التوكيل ببيع ما سيملكه إلا أن يقال ذلك الخلاف فيما إذا خص ببيع ما سيملكه بالتوكيل أما إذا حصل تابعا لأمواله الموجودة في الحال فيجوز وهذا كما أنه لو قال وقفت على من سيولد من أولادي لا يجوز ولو قال على أولادي ومن سيولد لي جاز *

والمزانية أن يقول الرجل لاخر اضمن لى صبرتك بعشر بن صاعا فما زاد فلى وما نقص فعلى اتمامها هذا كلام القاضى حسين وقولهم فى تفسير الحقلة بيع الزرع بالحنطة هكذا أطلقه جماعة وقال الماوردى بيع الطعام فى سنبلة بالطعام المنقى وقيده الحاملى بأيه بيع الحنطة فى سنبلة بالحنطة وهو الصواب وقيده الصيمرى فى شرح السكماية فقال بيع السنبلى من البر قائما بالحنطة فتقيده بالبر لا بد منه وكذلك قيده الفورانى فى الابانة وقال القفال والقضى أبو الطيب وصاحب النهذيب بيع الزرع بعد اشتداد الحب بمثله تقيا وهذا يدخل فيه الشعير وغيره وتكون الحنطة على سبيل التمثيل قال الصيمرى ولو بيع بالبراهم لم يجز الا أنه غير المحاقلة وقال أبو داود لما ذكر التفسير المذكور قال اذا حذر الزرع أنه يحصد منه مائة فرق فبيع بمائة فرق فلا يجوز فان لم يكن فيه هذا الخرص وهذا التقدير فأولى بالفساد والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قول المصنف فى عقد واحد مفهومه أنه يجوز فى عقود متفرقة والأمر كذلك يجوز أن يبيع الرجل تمر بستانه كله لجماعة كل واحد منهم دون خمسة أوسق نص على ذلك الشافعى والأصحاب وقال امام الحرمين انه لاخلاف فيه ويجوز أن يبيع أيضاً للرجل الواحد فى عقود كل

﴿ فرع ﴾ لو قال بع عبدى بمائة درهم فباعه بمائة درهم وعبد أو ثوب يساوى مائة درهم فعن ابن سريج أنه على قولين بالترتيب على مسألة الشاتين وأولى بالمنع لأنه عدل عن الجنس الذى أمره بالبيع به ان منع فيمتنع فى القدر الذى يتقابل غير الجنس وهو النصف أم فى الجميع كيلا تتفرق الصفة فيه قولان (ان قلنا) فى ذلك القدر خاصة فى التهمة أنه لا خيار للبائع لأنه اذا رضى ببيع الجميع بالمائة كان ارضى ببيع النصف بها وأما المشتري ان لم يعلم كونه وكيلا بالبيع بالدراهم فله الخيار فان علمه فوجهان لشروعه فى العقد مع العلم بان بعض العقود عليه لايسلم له *

قال ﴿ السادة الوكيل بالخصومة لا يقر على موكله كما لا يصلح ﴾ ولا يبرىء الوكيل بالصلح عن السم على خمر اذا فعل حصل العفو كما لو فعله الموكل * ولو صالح على خنزير ففيه تردد * والوكيل بالشراء الفاسد لا يستفيد به الصحيح فلا معنى لوكلته * وليس الوكيل بالخصومة أن يشهد لموكله الا اذا عزل قبل الحوض فى الخصومة ثم شهد * وان كان قد خاض لم يقبل لانه متهم بتصديق نفسه واذا وكل رجلين بالخصومة فهل لكل واحد الاستبداد وجهان *

قال الشارح فى أول هذه الصورة وفى آخرها مسائل تتعلق بالتوكيل بالخصومة فى خلالها ما لا يتعلق بالخصومة ونحن نستوفى ما يتعلق بالخصومة ثم يذكر المدرج فى مسائلها ما يتعلق بالخصومة فثلاث مسائل (احداها) الوكيل بالخصومة من جهة المدعى يدعى ويقيم البينة ويسعى فى تعديلها

عقد دون خمسة أوسق أو خمسة إن جوزناها نص عليه الأصحاب القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمحاملي ونفي الخلاف فيه امام الحرمين والمتولى قال النووي في الروضة لأن الرخصة عامة في جميع العقود وخالف في ذلك أحمد فقال لا يجوز أن يبيع أكثر من عربة واحدة ولا يشتري أكثر من صفقة واحدة ومذهبه معروف في سد باب الحيل وقد أورد الأصحاب سؤالاً وجوابه نقلهما القاضي أبو الطيب عن أبي اسحق أنه قال (فإن قيل) إذا أجزتم ذلك فقد أبطلتم المزابنة وجعلتم للناس أن يبيعوا جميع ثمارهم على رءوس النخل بالتمر (والجواب) أن المزابنة تحكمها ثابتة في العقد الواحد وقال ابن الرفعة يظهر إذا قلنا باختصاصها بالفقراء أن لا يصح لأنه بالخسة الأولى غنى شرعي واعتباره هنا أولى من اعتبار الغنى العرفي (قلت) وجواب ذلك أن الخسة الأولى قد يكون أكلها أو أزلها عن ملكه أولاً تسد كفايته واعتبار الكفاية في ذلك أولى من جعله مالكا لنصاب الزكاة وقد تقدم ما اقتضاه كلام صاحب التتمة والجرجاني من أن المعتبر أن لا تقدر بأيديهم وهو حاصل هنا والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ ويفهم منه أنه إذا باع ثمانية أوسق من رجلين صفقة واحدة جاز لانه بمنزلة الصفقتين وإذا كانت ستة عشر وسقاً بين رجلين فباعاها من رجلين جاز لان كل واحد منهما باع حقه وهو

ويحلف ويطلب الحكم والقضاء ويفعل ما يقع وسيلة الى الاثبات والوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه ينكر ويظعن في الشهود ويسعى في الدفع بما يمكنه ولو أقر وكيل المدعى بالقبض أو الأبراء أقبول الحوالة أو المصالحة على مال أو بأن الحق مؤجل أو أقر وكيل المدعى عليه بالحق المدعى لم يقبل سواء أقر في مجلس الحكم أو غيره وبهذا قال أحمد وقال أبو حنيفة تقبل إذا أقر في مجلس الحكم وسلم أنه لا يقبل في دعوى النكاح والطلاق والقصاص والعفو (لما) لقياس على ماسلمه وأيضاً فإنه لا يصلح ولا يبرىء لأن اسم الخصومة لا يتناولها فكذلك الأقرار ثم وكيل المدعى إذا أقر بالقبض أو الأبراء انزل عن الوكالة وإن لم يلزم إقراره المراكل وكذلك وكيل المدعى عليه إذا أقر بالحق لأنه بعد الإقرار ظالم في الخصومة بزعمه وأطلق القاضي ابن كجب وجهين في أنه هل تبطل وكالته بالإقرار وهل يشترط في التوكيل بالخصومة بيان من يخصم معه *

﴿ فرع ﴾ نقل في النهاية أن الوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه لا يقبل منه تعديل بينة المدعي لأنه لا إقرار في كونه قاطعاً للخصومة وليس للوكيل قطع الخصومة بالاختيار وقال المصنف في الوسيط لا شك أن تعديله وحده لا ينزل منه منزلة إقرار الموكل بعداتهم لكن رده مطلقاً بعيد لأن التعديل غير مستفاد من الوكالة إلا أن يوجه بأنه بالتعديل مقصر في الوكالة وتارك حق النصح (الثانية) تقبل شهادة الوكيل على موكله ولو كاه في غير ما هو وكيل فيه كما لو شهد له بعبء وقد وكله ببيع

ثمانية أوسق من رجلين فيصير كأنه باع من كل واحد منهما أربعة أوسق وبذلك كله صرح القاضي أبو الطيب والماوردي والقاضي حسين وابن الصباغ والرافعي وغيرهم ولا خلاف في المذهب فيه وفرضها للماوردي في عشرين وسقاً إلا مداً وهو أبلغ في التمثيل ونقل ابن الصباغ وغيره خلاف أحمد في ذلك قال لان البائع عنده لا يجوز أن يبيع أكثر من عرية واحدة وعندنا يجوز *

﴿فرع﴾ اذا باع رجلان من رجل واحد أكثر من خمسة أوسق ففيه وجهان حكاهما الفوراني وغيره من المرازقة (والصحيح) الجواز كما لو باع من رجلين لان الصفقة تتعدد بتعدد البائع جزءاً وفي تعددها بتعدد المشتري وجه وقد جزمنا بأنه هنا تجوز الزيادة على الخمسة عند تعدد المشتري واتحاد البائع فينبغي أن يكون عند تعدد البائع واتحاد المشتري أولى بالجواز (والوجه الثاني) أنه لا يصح وهو اختيار صاحب التلخيص لانه يدخل في ملكه أكثر من خمسة أوسق بطريق الخرص دفعة واحدة وهو يخالف مقصود الخبر وفرق امام الحرمين بين هذا وبين الرد بالعيب حيث يلاحظ فيه التعدد والاتحاد بأن المبيع خرج عن ملك البائع دفعة فلو رجع اليه بعضه لكان خارجاً بعيب عائداً بعيين واذا تعدد البائع يرد المشتري تمام ملك أحدهما عليه لم يتضمن تنقيصنا

دار وان شهد فيما هو وكيل فيه نظر إن كان ذلك قبل العزل لم تقبل لأنه ثبت لنفسه محل ولاية التصرف وان كان بعده فان كان قد خاصم فيه لم تقبل أيضاً لأنه متهم بتمشية قوله واطهار الصدق وإن لم يخاصم فوجهان (أحدهما) لا تقبل كما لو شهد قبل العزل (وأحدهما) ويحكي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه تقبل لأنه ما انتصب خصماً ولا يثبت لنفسه حقاً فأشبه ما لو شهد قبل التوكيل هذه هي الطريقة المشهورة وقال الأمام رحمه الله تعالى قياس المرازقة أنه يعكس فيقل إن لم يخاصم تقبل شهادته وإن كان قد خاصم فوجهان ورأى هذا التفصيل فيما إذا جرى الأمر على تواصل فأما إذا طال الفصل فالوجه القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه ويجوز أن يعلم لما ذكرنا قوله في الكتاب ثم يشهد - بالواو - (وقوله) فان كان قد خاصم إلى آخره في حكم المكرر لأن فيما قبله ما يغني عنه (الثالثة) لو وكل رجلين بالخصومة ولم يصرح باستقلال كل واحد منهما (فأصح) الوجهين أن كل واحد منهما لا يستقل بها بل يتساويان ويتناصران كما لو وكل رجلين ببيع أو طلاق أو غيرها أو وصى إلى رجلين (والثاني) أن لكل واحد منهما الاستقلال لعسر الاجتماع على الخصومة ويقرب منهما الوجهان فيما إذا وكل رجلين بحفظ متاع فعلي الأصح لا ينفرد واحد منهما بحفظه بل يحفظانه في حرز بينهما وعلي الثاني ينفرد به كل منهما فان قال القسمة قسم ليحفظ كل واحد منهما بعضه واعلم أنه إذا ادعى عند القاضي أنه وكيل فلان في خصومة فلان فان كان المقصود بالخصومة حاضراً وصدقه ثبتت الوكالة وله مخاصمته

عليه لم يكن قبل والمقصود في العرايا أن لا يملك الرجل دفعة واحدة خمسة أو أكثر من خمسة وهذا الوجه ضعفه البغوي والرويانى والرافعى ومن رجح الجواز في ذلك صاحب العدة والعمرانى *
 ﴿ فرع ﴾ فلو باع عشرين وسقاً من أربعة فعلى القولين ان جوزنا العرايا في خمسة صح وقال في الروضة وسواء في هذه الصورة كانت العقود في مجلس أو مجالس حتى لو باع الرجل ألف وسق في مجلس واحد بصفقات كل واحد دون خمسة أو سق جاز *

﴿ فرع ﴾ لو باع الزرع قبل بدو الحب فيه بالحنطة جاز فان الزرع حشيش بعد غير معدود من المطعومات قاله الامام والرافعى وكذلك قال الرويانى في البحر يجوز بشرط القطع وفرضه فيما اذا لم يشتد الحب وهو مراد الامام وكذلك صاحب التهذيب وقال سواء تسنبل أم لم يتسبل فينبغى أن يقيد اطلاق تفسير المزبنة بالزرع بالحنطة والاحرم فالامام وجماعة ان معناها الحب في السنبيل بالحنطة لكن قول صاحب التهذيب أنه يجوز اذا تسنبل مشكل فانه بيع قمح رطب مستتر مع تبذنه بقمح وذلك نوع من الفساد والرافعى قال قبل ظهور الحب فلا يرد عليه شيء *

﴿ فرع ﴾ حكى أصحابنا عن مالك رحمه الله أنه فسر المزبنة بأن يكون لرجل صبرة من طعام فيقول له رجل في صبرتك ستون وسقاً فيقول صاحب الصبرة ليس فيها ستون وسقاً فيقول له

وإن كذبه فأقام البينة على الوكالة ولا يحتاج أن يدعى حقاً لموكله وإن كان غائباً وأقام المدعى البينة على الوكالة سمعها القاضى واتبعها ولا يعتبر حضور المقصود بالخصومة في اثبات الوكالة خلافاً لأبى حنيفة رحمه الله تعالى حيث قال لا تسمع البينة الا في وجه الخصم فالامام رحمه الله تعالى هو بناء على امتناع القضاء على العائب ثم حكى عن القاضى الحسين أنه لا بد وأن ينسب القاضى مسخراً ينوب عن العائب ليقم المدعى البينة في وجهه ثم استبعده وقال لا أعرف لهذا أصلاً فهما فيه من مخالفة الأصحاب وحكى أيضاً عنه أن القضاة اصطالحوا على أن من وكل في مجلس القاضى وكيل بالخصومة يختص التوكيل بالخصومة في ذلك المجلس وقال الامام رحمه الله تعالى والذي نعرفه للأصحاب أنه يخصه في ذلك المجلس وبعده ولا نعرف للقضاة العرف الذى ادعاه *

﴿ فرع ﴾ وكل رجلاً عند القاضى بالخصومة عنه وطلب حقوقه فلوكيل أن يخاصم عنه مادام حاضراً اعتماداً على العيان فاذا غاب وأراد الوكيل الخصومة عنه بناء على اسم وسبب يذكره فلا بد من اقامة البينة على أن فلان بن فلان وكله أو على أن الذى وكله هو فلان ابن فلان ذكره أصحابنا العراقيون والشيخ أبو عاصم العبادى وعبارة العبادى أنه لا بد وأن يعرف الموكل شاهدان يعرفهما القاضى ويشق بهما في أدب مختصر صفة القضاة ووراء ذلك شيئان (أحدهما) روى الامام رحمه الله

الحاذر نكايها فإن تمت تمتها وإن زادت أخذت الزيادة وقد ذكر الشافعي رحمه الله تعالى هذه
السألة في الأم وقل إن ذلك قار مخاطرة وإس بمقد وأنه من باب أكل المال بالباطل وكذلك لو
قال رجل عد قئاءك أو بطيخك أو اطحن حنطك فما راد على كذا فلي وما نقص فعلى وكذلك فيما
قال الماوردي لو أخذ ثوباً لرجل فقال أنا أقطعه لك قبيحاً فإن نقص غرمته وإن زاد أخذت الزيادة
فكل هذه الأشياء حرام بالاتفاق ولكن الاختلاف في أن ذلك داخل تحت المزابنة أولاً فإن هذا
مخاطرة موضوعة أن يدفع عند النقصان ما لا يأخذ عوضه ويأخذ عند الريادة ما لا يعطى بدله فصار
بالقمار والمخاطرة أشبه منه بالبيع والمزابنة ولا يـ كاه أبو بكر بن العربي أن المزابنة بيع التمر في رؤس
النخل بالتمر فلي هذا لا خلاف بيننا وبينهم قل ابن العربي ثم حمل على ذلك كل رطب يابس
وقل ابن العربي عن مالك أنه قل للمزابنة كل شيء من الجزاف لا يعلم كيـه ولا وزنه ولا عدده
اتباع بشيـ من المسمى من الكيل والوزن والعدد واختصاره بيع الجبـول بالمـلوم وهذا أيضاً يوافق
تفسير الشافعي فإن قل في المزابنة كل جناس من الطعام عرف كيـه اشترى بجنس مثله بـبول
الـكيل أي المزابنة المحرمة وليس مقصود تفسير ما جاء في الحديث والخلاف أن يثبت في تفسير
اللفظ لا في المعنى فإن المقود المذكورة محرمة عندنا وعندنا قال ما معناه ذلك وشذ الصيمري فجعل
المزابنة شراء الرطب في رؤس النخل بتمر في الأرض جزافاً وعلى هذا لا يحتاج إلى استثناء العرايا
وهو يخالف قوله ورخص في العرايا *

تعالى عن القاضي الحسين أن الحكم عادتهم النـاهل في هذه البيئة بالعدالة الطاهرة وترك البحث
والاستزكاء تسهلاً على الغـماء (والثاني) قال القاضي أبو سعيد يمكن أن يكتفي بمعرفة واحد إذا
كان موثقاً به كما ذكر الشيخ أبو محمد أن تعريف المرأة في تحمل الشهادة عليها يحصل بمعرف واحد
لأنه اخبار وليس بشهادة وأما ما أدرجه في خلال مسائل الخصومة فـسألـتان (احداها) لو وكله
الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل بنفسه وهذا لأن الصلح على الجـر وإن
كان فاسداً فيما يتعلق بالعوض ولكـه صحيح فيما يتعلق بالقصاص فيصح التوكيل فيما لو فعله بنفسه
ليصح لا أنا نصـح التوكيل في العقد الفاسد ولو وكله بالصلح عن القصاص على خمر فصالح علي
خنزير ففيه جوابان عن ابن سريج أشبههما أنه لغو ويبقى القصاص على ما كان لأنه مستبد بما فعل
غير موافق لأمر الموكل (والثاني) أنه كـالو عفا على خمر لأن الوكالة بالصلح ثابتة والخـر لا تثبت
وإن ذكرت وإنما تثبت الدية فلا فرق فيما يصح ويثبت بين أن يذكر الخـر أو الخنزير وعلى هذا
لو صالح على ما يصاح عوضاً وعلى الدية نفسها يجوز ولا خلاف في أنه لو أجرى هذا الاختلاف

﴿ فرع ﴾ قال الشيخ أبو حامد في الزوتق المحاقلة على ضربين (أحدهما) بيع الحنطة في سبيلها وهو ممتنع كالجوز واللوز في قشرته (والثاني) بيع الحنطة مع التبن ففيه قولان بناء على خيار الرؤية وهذا الكلام يقتضي أنه لا يشترط في المحاقلة أن يكون المبيع بالحنطة وهو خلاف المشهور وخلاف ما صرح به الصيمري فيما تقدم وهذا اختلاف في التسمية والأحكام لا نزاع فيها وأما جزمه في الأول بالبطلان وحكايته التوايز في الثانية فينبغي أن يؤخر الكلام عليه إلى باب الأصول والثمار *

﴿ فرع ﴾ اعتبار الخمسة ههنا هل هو تحديد أو تقريب صرح الماوردي على قولنا أنه لا يجوز إلا أقل من خمسة أوسق أنه لو باع خمسة إلامداً أو إلا ربيع مد صح فيما إذا اشترى أربعة أنفس عشرين رسقاً إلامداً فبني ذلك أن الخمسة إذا وقعت ربيع مد صح جزماً وهذا يشعر بالتحديد لأن ربيع مد رطل وثلاث في ألف وستمائة رطل قليل جداً والأصحاب أطلقوا الخمسة من غير تعرض لتحديد ولا تقريب قال ابن الرفعة ولا يبعد تخريجه على أن الخمسة الأوسق في الزكاة تحديد أو تقريب فقد حكى عن العراقيين أنه لا يضر لنقصان خمسة أرتال فينبغي أن يكون النقص أكثر من خمسة أرتال (قلت) وقد صرح النووي بهذه المسألة واث ذلك على سبيل التحديد في مجموع لطيف اسماء رؤس المسائل وتحفة طلاب الفضائل وذكر فيه مسألة في بيان جملة من المقدرات الشرعية فذكر ما هو على سبيل التحديد عدد الذي تنعقد به الجمعة ومدة مسح الخلف وأجبار الاستنجااء ولو باع الكلب ونصيب الزكاة وقدر الواجب فيها وفي زكاة الفطر وفي

بين الموجب والقابل في المصالحة ينفو لعمد انتظام الخطاب والجواب ولو وكله بأن يخالعه زوجته على خمر فخالع على خمر أو خيرير فعلى ما ذكرنا في الصالح عن الدم (الثانية) لو وكله ببيع أو شراء فاسد مثل أن يقول بع أو اشتري وقت العطاء أو قدوم زيد لم يملك الوكيل العقد الصحيح لأن الموكل ما أذن فيه ولا الفاسد لأن الشرع ما أذن فيه وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يملك الصحيح *

قال ﴿ السابعة إذا سلم إليه ألفاً وقال اشتر بعينه شيئاً فاشتري في الذمة لم يقع عن الموكل * وإن قال اشتر في الذمة وسلم الألف فاشتري بعينه ففي صحته وجهان ﴾ *

لو سلم إليه ألفاً وقال اشتر كذا بعينه فاشتري في الذمة لينقذ ماسلمه إليه في ثمنه لم يصح الشراء للموكل لأنه أمره بعقد يفسخ لو تلف ماسلمه إليه وقد لا يريد لزوم ألف آخر والوكيل أبا العقد لا يفسخ لو تلف ماسلم إليه ويلزم الرد ولو قال اشتر في الذمة وسلم هذا في ثمنه فاشتري بعينه فوجهان (أحدهما) أنه يصح للموكل لأنه زاد خيراً حيث عقد على وجه لو تلف المسلم إليه لم يلزمه شيء آخر (وأصحهما) المنع لأنه ربما يريد حصول ذلك المبيع لو سلم ماسلمه إليه أو تلف ولو سلمه

الكفارات وتعتبر سن البلوغ بخمسة عشر وتقدير الرخصة في بيع العرايا بخمسة أوسق إذا جوزنا في خمسة أوسق ومنه الآجال في حول الزكاة والحرمة والعدة ودية الخطأ ونفي الزاني وانتظار العنين والمولى وحول الرضاع وجلد الزاني والقاذف وتخصيص الزيادة على الأربعين على سبيل التقدير بثماين ونصاب السرقة بربع وغير ذلك ومن التقدير الذي على سبيل التقريب سن الرقيق المسلم فيه والموكل في شرائه ومن التقدير المختلف فيه تقدير العلتين وسن الحيض والمسافة بين الصفين ومسافة القصر ونصاب المعشرات وفي كلها وجهان (الأصح) التقريب لأنه يجتهد في هذا التقدير وماقار به وهو في معناه بخلاف النصوص على تحديده وفي كلام النووى الذى حكيته تقييد ذلك بما إذا جوزنا في خمسة أوسق ولا يتقيد بذلك بل إذا قلنا انه لا يجوز في الخمسة فنقص عنها نقصاً يسيراً فانه يجوز العقد عليها لأننا جعلنا ذلك تحديداً وقد حصل النقص عليها فيمتنع والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو باع الحنطة في سنبليها بالشعير على وجه الأرض فان فيه القولان في بيع العائب قال ولو باع الشعير في سنبله بالحنطة على وجه الأرض أو الرطب على رأس النخل يحنس آخر من الثمار على الشجر أو على وجه الأرض فلا بأس لكن يتقاصان بالتسليم فيما على وجه الأرض وبالتخيلية فيما على الشجر قاله الرافعى *

اليه وقال اشتركذا ولم يقل بعينه ولا قال فى الزمة فوجهان (أحدهما) أنه كما لو قال اشتر بعينه لان قرينة التسليم تشعر به (وأظهرهما) أن الوكيل يتخير بين أن يشتري بعينه أو فى الزمة لانه على التقديرين يكون اتيانا بالمأثور ويجوز أن يكون غرضه من تسليمه اليه مجرد انصرافه الى من ذلك الشيء. *

قال ﴿ ثم الوكيل مهما خالف فى البيع بطل تصرفه * ومهما خالف فى الشراء بعين مال الموكل فمكثل * فان اشترى فى الزمة وقع عن الوكيل الا إذا صرح بالاضافة الى الموكل ففي وقوعه عن الوكيل وجهان ﴾ *

لما تكلم فيما اراد من صور مخالفة الوكيل الموكل وموافقته بين حكم البيع والشراء اذا وقعا مخالفين لأمر الموكل أما البيع فاذا قال بع هذا العبد فباع عبداً آخر فهو باطل لأن المالك لم يرض بازالة ملكه عنه وأما الشراء فان وقع بعين مال الموكل فهو كبيع أو اشترى فى الزمة نظر ان لم يسم الموكل فهو واقع عن الوكيل لأن الخطاب جامع وانما ينصرف الى الموكل بشرط كونه موافقاً لأذنه فأما اذا لم يوافق لغت النية وكان كأجنبي يشتري لغيره بالذمة وهذا كله جواب على الجديد في منع وقف العقود والعاء تصرف الفضولى وأما على القديم فسبيل الوكيل فيه سبيل الأجانب يتوقف الشراء فى الذمة

﴿ فرع ﴾ هل يجوز أن يقع عقد العرية على جزء مشاع مما على النخل من الرطب إذا جرحص الجميع الذي لا أشك فيه الجواز وذلك مقتضى نقل الاصحاب أنه اذا باع من رجلين سبعة أوسق جاز فالذي حصل لكل منهما مشاع ولا يقدح في ذلك التسليم فانه يحصل بالتخلية ولا الانتفاع به فانه يحصل بالمقاسمة على قول الافراز على الاصح ﴿ فائدة ﴾ الخنل قداح طين يزرع فيه قاله ابن سيده وغيره قال وحكي بعضهم فيه الحقة ومن أمثالهم لا ينبت الحقة إلا البقلة وليست الحقة بمعروفة وراهم أنشوا الحقة في هذا المثل انتهى فالمحالة سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقل والمزانية مأخوذة من الزين وهو الدفع سميت بذلك لأنها مبنية على التخمين والغبن فيها مما يمكن من يد المغبون دفعه والغابن أمضاه فيتدافعان ولا يمكن الميعار الشرعى وهو الكيل في السنابل والرطب على النخل والحرص فيها لا يكفي قال الائمة وفي المحالة شيان آخران *

﴿ فرع ﴾ اذا امتنع بيع الحنطة في سنبليها بالحنطة الطاهرة فامتناع بيعها بمثلها أولى وقد صرح الشافعى رضى الله عنه بذلك وأشار الى عدم الخلاف فيه فأنه قال ولم أجدهم يعنى أهل العلم يخبرون أن يتبايعوا بيع الحنطة بالحنطة في سنبليها كى لا ولا وزناً لاختلاف الاكام والحب فيهما ذكر ذلك في باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار *

على إجازته إن شاء وقع عنه والافعن الوكيل وكذا القول في مخالفة الموكل في البيع على ما ذكرنا في أول البيع وكذا الشراء بعين ماله والبيع ينعقدان موقوفان على ذلك القول فيجوز أن يعلم قوله وقع عن الوكيل وقوله بطل تصرفه - بالواو - وكذلك القول وان سمي الموكل فوجهان (أحدهما) أنه يبطل العقد رأساً لأنه صرح بإضافته الى الموكل وامتنع إيقاعه عنه فيلغو (وأطهرهما) يقع عن الوكيل وتلغو تسمية الموكل وهذا لان تسمية الموكل غير معتبرة في الشراء فاذا سماه ولم يمكن صرف العقد اليه صار كأنه لم يسمه هذا فيما اذا قال البائع بعث منك وقال المشتري اشتريته لفلان يعنى موكله (أما) اذا قال البائع بعث من فلان يعنى موكله وقال المشتري اشتريته لفلان يعنى موكله فظاهر المذهب بطلان العقد لانه لم تجر بينهما مخاطبة ويفارق النكاح حيث يقع من الزوج ووكيل الزوج على هذه الصيغة بل لا يجوز الا كذلك لأن للبيع أحكاماً تتعلق بمجلس العقد كالخيار وغيره وتلك الأحكام انما يمكن الاعتبار فيها بالتعاقدين فاعتبر جريان المخاطبة بينهما والنكاح سفارة محضة *

﴿ فرع ﴾ في فتاوى القفال أن وكيل المتهب بالقبول يجب أن يسمى موكله والا وقع عنه لجريان الخطاب معه ولا ينصرف بالنية الى الموكل لان الواهب قد يقصده بالتبرع بعينه ومالك أحد تسميح النفس بالتبرع عليه ويخالف الشراء فان المقصود فيه حصول العوض *

﴿ فرع ﴾ وكذلك قال فيه أيضاً ولم أرهم أجاز وأبيع الحنطة في التبن محصورة *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ويجوز ذلك فيما دون خمسة أوسق لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الثابت في الصحيحين في حديث أبي هريرة فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق هكذا على الشك من رواية داود كما سيأتي قريباً إن شاء الله تعالى وفي الترمذي فيما دون خمسة أوسق أو كذا وأما روايته بأحد اللفظين فقط كما ذكره المصنف فلم أره في شيء من كتب الحديث إلا في نسخة من سماعنا في مسند الشافعي وراجعت نسخة أصح منها فوجدته علي الصواب مكلاً كالروايات المشهورة وكذلك رواية الشافعي رحمه الله في الأم ومن عادة الشافعي أن رواياته في الحديث الواحد لا تختلف ولو رواها في مواضع متعددة لشدة ضبطه وإتقانه وتثبتته فتبين أن السقوط في تلك النسخة غلط من ناسخ فإن كان وقع للمصنف نسخة كذلك فهو اللائق بورعه وتجريه أنه لا يختصر الحديث ولا يقال إن ذلك جائز فإنه ذكر بعض الحديث وليس فيه تعيين حكم لأن مادون خمسة أوسق ومن أرخص في خمسة فقد أرخص فيما دونها فالرخصة فيما دونها محقة لأننا نقول إن في الاختصار على ذلك خلا في اللفظ والمعني أما اللفظ فإنه لا يتحقق مطابقتها للفظ أبي هريرة فإنه على تقدير أن تكون الرخصة في خمسة أوسق فلا يمكن نسبته إليه باللفظ وأما بالمعني فلا يصرح بها أو مفهماً

قال ﴿ الحكم الثاني للوكلة العهدة في حق الوكيل * ويده يد أمانة في حق الموكل حتى لا يضمن سواء كان وكيلاً بجعل أو بغير جعل * ثم إن سلم إليه الثمن فهو مطالب به مهما وكل بالشراء * وإن لم يسلم الثمن وأنكر البائع كونه وكيلاً طالبه * وإن اعترف بوكالته ففيه ثلاثة أوجه * والظاهر أنه يطالب به دون الموكل * وفي الثاني يطالب الموكل دونه * وفي الثالث يطالبهما * ثم إن طوّل الوكيل فالصحيح رجوعه على الموكل * وكذلك لو تلف الثمن في يده بعد أن خرج ما اشتراه مستحقاً فالمستحق يطالب البائع * وفي مطالبته الوكيل والموكل هذه الأوجه * وكذا الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن وتلف في يده فخرج المبيع مستحقاً فرجع المشتري بالثمن على الوكيل أو على الموكل ففيه هذا الخلاف ﴾ *

ترجم الحكم بالعهد لكان قد مر على الكلام في العهدة أصل آخر جعله في الوسيط حكماً برأسه واشتمل الحكم على مقصودين (أحدهما) أن يد الوكيل يد أمانة فلو تلف المال في يده من غير تصرفه فلا ضمان عليه سواء كان وكيلاً بجعل أو بغير جعل وإن تعدي فيه كأن ركب الدابة أو

بطريق المفهوم أنه لا يجوز في الخمسة وذلك قادح في الرواية بالمعنى والشيخ أجل عندنا من أن يستدرك على روايته خلاه ينسب إليه والطاهر أن الشيخ وجده هكذا واعتقده حديثاً تاماً وكلامه بعد هذا بسطر يشعر بذلك ولا أعرف رواية في ذلك اقتصر فيها على مادون خمسة أوسق إلا ما تقدم في أول الباب عن الترمذى من القصة التى نقلها بغير إسناد ولا تعيين أو فان ثبت أن ذلك حديث كامل فهو تص فيما ادعاه وإلا فان الحكم المذكور ثابت بالأحاديث المشهورة المتقدمة فانما دون الخمسة داخل في الخمسة وإباحة الشيء بإباحته لما يتضمنه فالإباحة فيما دون الخمسة محنقة إما نصاً وإما ضمناً والله أعلم * والحكم المذكور لا خلاف فيه في المذهب كذا قال القاضى أبو الطيب والحاملى *

﴿ فرع ﴾ لا صابط للنقص عن الخمسة بل متى كان أقل من الخمسة بشئ ما كان جائزاً كذلك نص الشافعى عليه وهو يدل على أن الخمسة تحديد وسنفرد له فرعاً في المسألة التى بعدها واعلم أنا إذا أطلقنا خمسة أوسق إنما نريد خمسة أوسق من التمر أى قبل ما ينحصر فنعرف أنه اذا جف كان خمسة أوسق ولا نريد خمسة أوسق من الرطب والله أعلم * وقدم التنبيه على ذلك *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وفي خمسة أوسق قولان (أحدهما) لا يجوز وهو قول المازنى لأن الأصل هو الخطر وقد ثبت جواز ذلك فيما دون خمسة أوسق لحديث أبى هريرة رضى الله عنه وفي خمسة أوسق شك لانه روى فى

لبس الثوب ضمن وهل ينعزل عن الوكالة فيه وجهان (أحدهما) نعم لانها أمانة فترتفع بالتعدى كالوديعة (وأصحهما) لا وبه قطع بعضهم لان الوكالة أمانة واذن فى التصرف والامانة حكم يترتب عليه فلا يلزم من ارتفاع هذا الحكم بطلان أصل العقد وهذا كما أن الرهن لما كان المقصود منه التوثيق ومن حكمه الامانة لا يلزم من ارتفاع حكم الامانة فيه بطلان أصل الرهن وتختلف الوديعة فانها ائتمان محض فلا تبقى مع التعدي فعلى هذا يصح تصرفه واذا باع وسلم زال عنه الضمان لانه أخرجه من يده باذن المالك وهل يزول الضمان بمجرد البيع فيه وجهان (أحدهما) نعم لزوال ملك الموكل بالبيع (وأصحهما) لا لانه ربما يرتفع العقد بثلغه قبل قبض المشتري فيكون التلف على ملك الموكل والتمن الذى يقبضه لا يكون مضموناً عليه لانه لم يتعد فيه ولو رد المشتري المبيع عليه بعيب عاد الضمان ولو دفع لوكيله دراهم ليشتري بها طعاماً مثلاً فتصرف فيها عالى أن تكون قرصاً عليه صار ضامناً وليس له أن يشتري للموكل بدراهم نفسه ولا في الذمة ولو فعل كان ما اشتراه له دون الموكل وقول أبو حنيفة رحمه الله تعالى تكون للموكل ولو عادت الدراهم التى أفقها الى يده فأراد أن يشتري بها للموكل فهو على الخلاف المذكور فى أن الوكيل هل ينعزل بالتعدى والاصح أنه لا ينعزل ولا يكون

حديث أبي هريرة فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق شك فيه داود بن الحصين فبقى على الأصل ولأن خمسة أوسق في حكم ما زاد بدليل أنه تجب الزكاة في الجميع فإذا لم تجز فيما زاد على خمسة أوسق لم تجز في خمسة أوسق والقول الثاني أنه يجوز لعموم حديث سهل بن أبي حثمة * ﴿الشرح﴾ الحديث المذكور رواه البخاري ومسلم رحمهما الله من حديث داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى بن أبي أحمد عن أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق هذا لفظ البخاري ولفظ مسلم رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة فشك داود وقال خمسة أو دون خمسة والقولان نص عليهما الشافعي رضى الله عنه في موضعين على ما سأذكره (أحد القولين) أنه لا يجوز وهو مذهب أحمد وقول المزني والزم به الشافعي وقد رأيت منصوصا للشافعي رحمه الله في كتاب الصرف وهو في الجزء السادس من الأم في باب العرية قل ولا يشتري من العرايا إلا أقل من خمسة أوسق بشيء ما كان فإذا كان أقل من خمسة أوسق جاز البيع وكذلك قال في مختصر البويطي أيضا العرية أن يشتري الرجل الرطب بتمر قد ما كان خرصه أقل من خمسة أوسق يأكله رطبا ولكن المرني ألزمه بحسب ما نقله

ما اشتراه مضمونا عليه لأنه لم يتعد فيه ولورد ما اشتراه بعينه واسترد الثمن عاد مضمونا عليه ومتى طالب الموكل الوكيل برد ماله فعليه أن يخلي بينه وبينه فإن امتنع صار ضامنا كاللودع (المقصود الثاني) الكلام في العهدة وتقدم عليه أصليين (أحدهما) الوكيل بالشراء إذا اشترى لموكله ما وكله بشرائه فالملك يثبت للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل أم يثبت للموكل ابتداء فيه وجهان لابن سريج (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى أنه يثبت للوكيل أولا ثم ينتقل إلى الموكل لأن الخطاب جرى معه وأحكام العقد تتعلق به (وأصحهما) أنه يثبت للموكل ابتداء كما لو اشترى الأب للطفل يثبت الملك للطفل ابتداء ولأنه لو ثبت للوكيل لعتق عليه أبوه إذا اشتراه لموكله ولا يعتق (الأصل الثاني) أن أحكام العقد في البيع والشراء تتعلق بالوكيل دون الموكل حيث تعتبر رؤية الوكيل دون الموكل وتلزم بمفارقة الوكيل مجلس العقد ولا تلزم بمفارقة الموكل إن كان حاضرا فيه وتسليم رأس المال في السلم والتقابض حيث يشترط التقابض يعتبران قبل مفارقة الوكيل والفسخ بخيار المجلس وخيار الرؤية إن أثبتناه ثبت للوكيل دون الموكل حتى لو أراد الموكل الأجازة كان للوكيل أن يفسخ ذكره في التتمة وفرق بينه وبين خيار العيب حيث قلنا لارد للوكيل إذا رضى الموكل بما لا يكاد تسكن النفس إليه إذا تقرر ذلك ففي الفصل مسائل (أحدها) إذا اشترى الوكيل بشئ معين نظر إن كان في يده طالبه البائع به والا فلا وإذا اشترى في الزمة فإن كان الموكل قد سلم

عنه في المختصر فان لفظه فيه وأحب إلى أن تكون العرية أقل من خمسة أوسق ولا أنسخه في الخمسة أوسق لأنها شك وهذا النص منقول من الأئم من موضع آخر وتوجيهه طاهر كما قاله المصنف وكثيرون جزموا بهذا القول وتقدم التنبيه علي أن طرق حديث أبي هريرة رضي الله عنه كلها على الشك فالجواز فيما دون الخمسة حينئذ لأنه ثابت على التقديرين إن كان الثابت خمسة أو دون الخمسة فدون الخمسة جائز إما نصاً وإما ضمناً والخمسة مشكوك فيها فتبقى على الأصل وهو التحريم الثابت فالنهي عن المزانة وعن الغرر وعن الربا ووجه القياس الذي أشار إليه المصنف أن الخمسة تردد الحاقها بين الناقص عنها والزائد عليها وقد عهد من الشرع التسوية بينها وبين الزائد عليها في حكم الزكاة وجعلها في حد الكثير فينبغي أن تلحق به ههنا ويكون أولى من الحاقها بالناقص الذي لم يقدره الشرع ولم يشهد له نظير وهذا الاء تدلال ثقله القاضي أبو الطيب عن أبي اسحق وهو لو تجرد عن الأصول المتقدمة كان كافياً في التحريم فكيف وقد اعتضد بها واحتج هذا القول أيضاً بما أشار إليه أبو داود في بعض نسخ كتابه ورواه البيهقي من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزانة وأذن لأصحابه العرايا أن يبيعوها بمثل خرصها ثم قال الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة واحتج له الماوردي بما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لا صدقة في العرية

إليه ما يصرفه إلى الثمن طالبه البائع وان لم يسلمه نظر ان أنكر كونه وكيلاً أو قال لأدري هل هو وكيل طالبه به وان اعترف بوكالته فمن الذي يطالبه البائع بالثمن فيه ثلاثة أوجه (أحدهما) أن المطالب الوكيل لا غير لأن أحكام العقد تتعلق به والالتزام وجد منه (والثاني) أن المطالب الموكل لا غير لأن العقد له والوكيل سفير ومعبّر (والثالث) أنه يطالب من شاء منها نظر إلى المعنيين وهذا أظهر سند صاحب التهذيب والامام وغيرها وان رجح صاحب الكتاب الاول *

﴿ التفريع ﴾ ان قلنا بالاول فهل للوكيل مطالبة الموكل قبل أن يغرم فيه وجهان لان بعضهم قال يثبت الثمن للبائع على الوكيل والوكيل مثله على الموكل بناء على أن الوكيل يثبت له الملك ثم ينتقل إلى الموكل فعلى هذا للوكيل مطالبته بما ثبت له وان لم يؤد ما عليه وقال آخرون ينزل الوكيل منزلة المحال عليه الذي لا دين عليه فعلى هذا ففي رجوعه قبل الغرم وجهان كالحال عليه والاصح المنع واذا غرم الوكيل للبائع فقياس تنزيله منزلة المحال عليه الذي لا دين عليه الخلاف المذكور هناك في أنه هل يشترط في الرجوع كون الاداء بالاذن وشرط الرجوع وذكر في النهاية ان المذهب القطع بالرجوع والا لخرج المبيع عن أن يكون مملوكاً للموكل بالعوض وفي ذلك تغيير لوضع العقد (وان قلنا) بالوجه الثالث فالوكيل كالضامن والموكل كالمضمون عنه فيرجع الوكيل اذا غرم والقول في اعتبار

والخمس أوسق ثبت فيها الصدقة وهذا الحديث لأعرفه وسأذكر ما يمكن أن يقال في مقابلة هذا القول إن شاء الله تعالى وعن اختار هذا القول أبو بكر بن المنذر وأبو سليمان الخطابي ورجحه إمام الحرمين وصححه الروياني في حليته والبغوي والشاشي وابن أبي عمرون والغزالي في البسيط والنووي وهو الذي يقتضيه كلام القفال والقاضي حسين ﴿ تنبيه ﴾ نقل ابن الرفعة عن الرافعي أنه اختار قول المنع ومستنده في ذلك أن الرافعي قال والثاني وهو المختار للمنع والظاهر أن الرافعي إنما أراد بذلك أنه مختار للزني في مقابلة ما نقله عن الشافعي رحمه الله لأنه مختار الرافعي نفسه وكلامه واستقراء عادته يدلان على ذلك وأن كلامه فيما بعد يدل على ترجيح المنع فإنه قد ظهر عند صاحب التمهيد والقاضي الروياني وغيرهما وهذه العبارة قد يوجد منها بعض ترجيح وعند التحقيق لا ترجيح فيها أيضا والقول جزم به كثير من أن يجوز وبه فل مالك رحمه الله ورواية عن أحمد وهو الصحيح عند الحاملي وأبي حامد والغزالي في الوجيز وهو المنقول عن نصه في باب بيع العرايا من كتاب البيوع من الأم قال ولا يجوز أن يبيع صاحب العرية الا خمسة أوسق أو دونها وأحب أن يكون دونها الا ليس في النفس منه شيئا ولعله في الأم في موضع ولم آمن الكشف وهذا الكلام مع كلام المختصر ليس صريحا في القول بالجواز بل كأنه متوقف في ذلك للشك في الرواية وأنه ان وقع لا يقول بنفسه لأجل الشك

شرط الرجوع وفي أنه هل يطالبه بتخليصه قبل الغرم كما سبق في الغمان وحكى الامام أن ابن سريج فرع على الخلاف في المسألة فقال لو سلم دراهم الى الوكيل ليصرفها الى الثمن الملتزم في الدمة ففعل ثم ردها البائع عليه يعيب (فإن قلنا) بالوجه الثاني والثالث فعلى الوكيل رد تلك الدراهم بأعيانها الى الموكل وليس له امساكها وابدالها (وان قلنا) بالوجه الاول فله ذلك لان ما دفعه الموكل اليه على هذا الوجه كما أقرضه منه لتبرأ ذمته فاذا عاد اليه فهو ملكه وله استقرض امساك ما استقرضه ورد مثله فهو ملكه ولك أن تقول لا خلاف أن للوكيل أن يرجع على الموكل في الجملة وأما الكلام في أنه متى يرجع وبأي شيء يرجع وإذا كان ذلك فينبغي أن يكون تسليم الدراهم دفعا له وبه التراجع لا اقراضا (المسألة الثانية) الوكيل بالبيع اذا قبض الثمن إما باذن صريح أو بالاذن في البيع على رأي وتاف المقبوض في يده وخرج المبيع مستحقا والمشتري معترف بالوكالة فحق رجوعه بالثمن يكون على الوكيل لأنه الذي يتولى القبض وحصل التاف في يده أو على الموكل لأن الوكيل سفير يده يده أو على من شاء منهما فيه الاوجه الثلاثة السابقة (فإن قلنا) حق الرجوع على الموكل فاذا غرم لم يرجع على الوكيل وكذا اذا جعلناه على الوكيل فغرم لا يرجع على الموكل قاله الامام (وان قلنا) يرجع على من شاء منهما فتلاثة أوجه (أشهرها) انه ان غرم للموكل لم يرجع على الوكيل وان غرم الوكيل رجوع على الموكل لان الموكل قد غر الوكيل

فهذا هو التوفية بمقتضى الشك أن لا يجزم فيه بإباحة ولا تحريم وتكون أوفى كلامه للشك لا لاخير
وقال أحب أن يكون أقل يعنى لثلا يقع فى الحرام المحتمل ولكن الاصحاب جعلوا ذلك قولاً بالجواز
وهو الصحيح عند المحاملى وكأن الشافعى رضى الله عنه لم ينظر الى الأصول المذكورة ولا الى القياس
أما النهى عن المزابنة فلا أنه ورد مستثنى منه العرايا والعرايا قد وقع الشك فى مقدارها فيكون ذلك
كتخصيص العام بمجمل فانه يمنع الاحتجاج به كذلك هنا يمنع الاحتجاج بعموم النهى عن المزابنة
فى الحصة وهذه مسألة مقررة فى أصول الفقه فالشك الذى فى مقدار الرخصة يقتضى الشك فى مقدار
النهى عنه ويعدل الى دليل آخر وقد نبه الاصحاب على ذلك ومثل ذلك ما قاله امام الحرمين فيما
اذا قال وقفت على أولادى وأولاد أولادى الامن يفسق منهم لما اعتقد أن ذلك متردد بين عود الاشياء الى الكل
أو الى الأخير وحكم مع ذلك بأنه لا يصرف الى الاولاد لاجل التردد ومثل ذلك بحيث جرى بيني
وبين شيخنا أى ابن الرفعة فى قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» ورام
الاستدلال بذلك على أنه متى شك فى شرط وجب ادراجه فى العموم والحكم بصحته حتى يقوم
دليل على منعه وليس بجيد لما ذكرته من الرجوع عند الأصوليين نعم لو كان النهى عن المزابنة فى
مجلس والترخيص المشكوك فيه فى مجلس آخر لم يقدح فى التمسك بالعموم ولم يعلم ذلك بل الراوى

والمغرور يرجع على الغار دون العكس (والثانى) أن واحداً منهما لا يرجع على الآخر أما الموكل فلا أنه
غارم وأما الوكيل فلحصول تلف فى يده (والثالث) أن الموكل يرجع على الوكيل دون العكس
لحصول التلف فى يد الوكيل والذى يعنى به من هذه الاختلافات أن المشتري يغرم من شاء منهما
والقرار على الموكل ولذلك اقتصرنا على هذا الجواب فى عزل الراهن وان كان يطرد فيه الخلاف
(الثالثة) وهى مقدمة على الثانية فى الكتاب الوكيل بالشراء اذا قبض المبيع وتلف فى يده ثم تبين
أنه كان مستحقاً لغير البائع فلم يستحق مطالبة البائع بقيمة المبيع أو مثله لأنه غاصب ومن يده خرج
المال وفى مطالبة الوكيل والموكل الا وجه الثلاثة قال الأمام رحمه الله تعالى والا قيس فى المسألتين انه
لارجوع له الا على الوكيل لحصول التلف عنده ولأنه اذا ظهر الاستحقاق بان فساد العقد وصار
الوكيل قابضاً ملك الغير بغير حق ويجرى الخلاف فى القرار فى هذه الصورة أيضاً (الرابعة) ولم
يذكرها فى الكتاب الوكيل بالبائع اذا باع بثمن فى التمة واستوفاه ودفعه الى الموكل فخرج مستحقاً أو
معيماً ورده فلموكل أن يطالب المشتري بالثمن وله أن يغرم الوكيل لأنه صار مسلماً للمبيع قبل أخذ
عوضه وفيما يغرمه وجهان (أحدهما) قيمة العين لأنه فوت عليه العين (والثانى) الثمن لأن حقه انتقل
من العين الى الثمن بالبائع فان قلنا بالأول فاذا أخذ منه القيمة طالب الوكيل المشتري بالثمن فاذا أخذه

قال إلا أنه أرخص في العرايا والراوى الآخر شك في مقدارها ولعلمها حكياً قصة واحدة فتطرق الشك الى عموم النهى فيعدل عن ذلك الى عموم حديث سهل الا فيما قام الاجماع عليه واقضاه النهى من غير شك وهو الزائد على الخمسة وهذا أولى من التمسك بعموم النهى عن الغرر لأنه أخص منه مع تقاوم أكثر الاغرار ابيحت وأخرجت من ذلك العموم وأولى من التمسك بكون الأصل في الرويات التحريم لما ذكرنا أنه أخص وأما القياس المذكور فليس بالقوى ويمكن أن يعارض بأن الخمسة عهد اعتبار الشرع لها محلاً لوجوب الزكاة فلنكن محلاً لجواز البيع وأما دون الخمسة فلم يعدد اعتباره والحق الجواز في الخمسة بوجوب الزكاة فيها أولى من الحاق المنع فيها بوجوب الزكاة فيها لأن الوجوب أشبه بالجواز من المدح لأن الوجوب جواز متأكد بالطلب ووجه العموم في حديث سهل قوله رخص في بيع العرايا وهو شامل لما إذا كان عليها خمسة أوسق وأكثر خرج الأكثر بدليل يقينا فيما عداه على مقتضى الحديث وأما حديث جابر فانه من رواية محمد بن اسحق وفيه كلام وان كان ضعيفاً لكن قارن ذلك

دفعه الى الموكل واسترد القيمة (الخامسة) دفع اليه دراهم ليشتري بعينها عبداً ففعل وتلف في يده قبل التسليم انفسخ البيع ولا شيء على الوكيل وان تلف قبل الشراء ارتفعت الوكالة ولو قال اشترى في الذمة واصرفها الى الثمن الملتزم فتلف في يد الوكيل بعد الشراء لم ينفسخ العقد لكنه ينقلب الى الوكيل ويلزمه الثمن أو يبقى للموكل وعليه أن يأتي بمثلها فيه وجهان قال الفقهاء ووجه ثالث يحتمل وهو أن يعرض الحال على الموكل فان رغب فيه وأتى بمثل تلك الدراهم فالشراء له والا وقع للوكيل وعليه الثمن ولو تلف قبل الشراء لم ينزّل فان اشترى للموكل فوقع له أم الوكيل فيه الوجهان (وقوله) في الكتاب فالصحيح رجوعه به على الموكل ليس الوجه الآخر أنه لا يرجع أصلاً وإنما الخلاف في أنه هل يشترط الرجوع بشرط الرجوع وكون الأداء بالاذن كما تقدم (وقوله) لو تلف الثمن في يده بعد أن خرج ما اشتراه الجمع بين اللفظين موحش فالوجه أن تطرح لفظة ما اشتراه *

﴿ فرع ﴾ اذا اشترى الوكيل شراء فاسداً وقبض وتلف المبيع اما في يده أو بعد تسليمه الى الموكل فللمالك مطالبته بالضمان ثم هو يرجع على الموكل ولو أرسل رسولا ليستقرض له فاستقرض فهو وكيل كوكيل وفي مطالبته المشتري ما في مطالبة وكيل المشتري بالثمن والظاهر أنه يطالب ثم اذا اغرم رجوع على الموكل *

قال ﴿ الحكم الثالث للوكالة الجواز من الجانبين فينزعزل بعزل الموكل اياه في حضرته وكذا في غيبته (ح) قبل بلوغ الخبر في أقيس القولين * كما ينزعزل ببيع الموكل واعتقه * وينزعزل بعزل نفسه * وبرده الوكالة * وججوده مع العلم ردّها * ومع الجهل أو لغرض في الاخفاء ليس برد * وينزعزل

أن منبه^(١) ليس صريحا لأن الظاهر أن ذلك خرج على جهة التمثيل والآ فيقتضى أنه لا يجوز أكثر من أربع والخصم لا يقول به (واعلم) أن كل ذلك تحل والانصاف قول المرنى وأن ذلك يمنع لأن الأحاديث الدالة على منع بيع الرطب بالتمر كثيرة وليس في كلها الاستثناء فيبقى الذي ليس فيه الاستثناء على عمومته حتى يرد مبيح وكثرتها تقتضي الحزم فأنها أحاديث لأحاديث واحد ورد الاستثناء معه وفي حديث زيد الذي رواه مسلم المذكور فيما تقدم والذي يأتي عقيب هذا ما يدل على تأخر الرخصة عن النهي قل فيه رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو التمر يعني بعد النهي عن بيع التمر بالتمر قل بعضهم لو أن رسول الله ﷺ أباح الخمسة لحفظه الله تعالى حتى يعمل الدينا مثبنا ومكي القفال أن معنى القولين ههنا يرجع الى أن النهي عن الزانية ورد أولا ثم رخص في العرايا أو لم يرد النهي الا والرخصة معه فعلى الاول وهو الأطهر والأصح لا يجوز في الخمسة وعلى الثاني يجوز حكمه عن القفال جماعة منهم القاضي الحسين وهذا يشير الى ما قلته من البحث وهو أحسن في العبارة كما حكمه صاحب العدة عن الشيخ

(١) كذا بالاصل
خبر

بخروج كل واحد منهما عن أهلية التصرف كالنكاح والجنون * وكذا الإغناء على الأطهر * وفي انزال العبد بالعق والكتابة والبيع خلاف * لمخرجه عن أهلية الاستخدام * والأمر في حق منزل على الخدمة *
الوكالة جائزة من جانب الموكل والوكيل جميعا لأنها اذن وأمانة وقد يبدو للموكل في الأمر الذي أناب فيه أو في نيابة ذلك الشخص وقد لا يتفرغ له الوكيل فلا يلزم يصير بهما جميعا ولا ارتفاعها أسباب (فمنها) أن يعزله الموكل في حضرته اما بالفظ العزل أو بأن يقول رفعت الوكالة أو فسختها أو أخرجته فيمنعزل سواء ابتداء بالتوكيل أو وكل بمسألة الخدم كما اذا سألت المرأة زوجها أن يوكل بالطلاق أو الخلع أو المرتن الراهن أن يوكل ببيع الرهن أو الخصم الخصم أن يوكل في الخصومة فعمل المسؤول التوكيل وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان التوكيل بمسألة الخصم لم ينعزل وإن عزله في غيبته ففي انزاله قبل بلوغ الخبر اليه قولان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا ينعزل كما أن القاضي لا ينعزل ما لم يبلغه الخبر وحكم الفسخ لا يلزم المكلفين قبل بلوغ الخبر ولأن تنفيذ العزل قبل بلوغ الخبر اليه يسقط النكاح بتصرفه (وأصحها) الانزال لأنه رفع عقد لا يحتاج فيه الى الرضا فلا يحتاج الى العلم كالطلاق ولأنه لو جن الموكل انزل الوكيل وإن لم يبلغه الخبر وكذا لو وكله ببيع عبد أو اعتاقه ثم باعه الموكل أو أعتقه فقد تصرفه وانزل الوكيل وإن لم يشعر بالحال ضمنا لنفوذ تصرفه وإذا لم يعتبر بلوغ الخبر في العزل الضماني ففي صريح الدرر أولى وأما انزال القاضي فمنهم من طرد الخلاف فيه وعلي التسليم وهو الظاهر فالفرق تعلق المصالح الكلية بعمله وأما الفسخ فلا فرق بينه وبين مانع فيه لأن حكم الفسخ اما إيجاب امتثال الأمر الثاني وأما إخراج الأول عن الاعتماد به

أبي على أنه قال في الشرح ان الخبر يعني خبر الزبانية هل مخصوص أو منسوخ يعني في قدر العرية فيه قولان (الأصح) الثاني ومرادها واحد وانما قلت إن الاول أحسن لأن الرخصة وإن تأخرت لا يلزم أن تكون نسخاً بل قد تكون تخصيصة وإن تأخر والله أعلم * على أن لذي رأيت في شرح التلخيص لتقال نقل القولين في كون ذلك نسخاً أو تخصيصة كما حكاه صاحب العدة عن علي وزعم الامام أن ظاهر النص التصحيح في الخمسة وأن توجيهه عسير جداً وأخذ يتجمل بأن يحيل الزبانية على معاملة صادرة عن التعرّض من غير تثبت في الخرص وأن يتجمل الخرص متفاضلاً في درك المقادير معتبر في الزكاة سيما اذا جعلناه تضييماً وله هر ينل خطؤه والأخرق يتفاوت كيده والكيل بالاضافة الى الوزن كالخرص بالاضافة الى الكيل وفي كل حالة تقدير معتاد لائق بها فليقم الخرص في الرطب الذي لا يمكن كيده مقام الكيل واذا احتمل الكيل ليسره مع امكان الوزن فليحتمل الخرص حيث لا يتأتى الكيل والشافعي رحمه الله يمنع بيع الرطب بالتمر لما يتخيله من التفاوت عند الجفاف متمسكاً

فيما يرجع الى الإيجاب والالزام ولا يثبت قبل العلم لاستحالة التكليف بغير المعلوم وهذا النوع لا يثبت الوكالة أصلاً ورأساً لأن أمر الموكل غير واجب الامتثال (وأما) النوع الثاني فهو ثابت هناك أيضاً قبل العلم حتى يلزمه القضاء ولا تبرأ ذمته بالاول وعن احمد روايتان كالقولين ومن أصحاب مالك اختلاف في المسألة فان قلنا لا ينعزل قبل بلوغ الخبر اليه فلمعتبر اخبار من تقبل روايته دون العي والفاسق اذا قلنا بالانعزال فينبغي ان يشهد الموكل على العزل لان قوله بعد تصرف الوكيل كنت قد عزلته غير مقبول (ومنها) اذا قل الوكيل عزات نفدي أو أخرجتها عن الوكالة أو رددت الوكالة انعزل وقال بعض المتأخرين ان كانت صيغة التوكيل مع أو اعنق ونحوهما من صيغ الامر لم ينعزل برد الوكالة وعزله نفسه لان ذلك اذن وإباحة فأشبه ما إذا أباح الطعام لغيره لا يرتد برد المباح له وقد أورد الامام رحمه الله تعالى هذا الكلام على سبيل الاحتمال ولا يشترط في انعزال الوكيل بعزله نفسه حضور الموكل خلافاً لأبي حنيفة (ومنها) ينعزل الوكيل بخروجه أو خروج الموكل عن أهلية ذلك التصرف بالموت أو بالجنون الذي يطراً أو يزول عن قرب حكمية تردد عن صاحب التقريب وضبط الامام موضع التردد بان لا يكون امتداده بحيث تعطل المهمات ويحوج الى نصب قوام فليلتحق حينئذ بالاغماء وفي الغماء وجهان (أظهرهما) وبه قل في الكتاب أنه كالجنون في اقتضاء الانعزال (والثاني) وهو الاظهر عند الامام رحمه الله تعالى وبه قل في الوسيط أنه لا يقتضي الانعزال واحتج له بألف للنهي عليه لا يلتحق بمن تولى عليه والمعتبر في الانعزال التحيق الوكيل أو الموكل بمن يولى عليه وفي على الجون الحجر بالسفه أو الفاس في كل تصرف لا ينفذ من السفه والفاس وكذا

بقوله **عليه السلام** «أينقص الرطب اذا يبس» وهذه اشارة الى المال وما وراء الخمسة مردود بذ كر الخمسة فان التقدير نص فى اقتضاء المفهوم قال فهذا اقتضى الامكان فى توجيه النص وهو على نهاية الأشكال (قلت) وقد تقدم توجيهه بغير ذلك مع أن ظاهر النصوص خلافه وعلى مساق بحث الامام وتخيله له يكون الاصل الجواز بالخرص وأخرج من ذلك ما زاد على الخمسة بالمفهوم بقيت الخمسة على مقتضى الاصل من الجواز وليس مع ذلك دلى نهاية الاشكال وقد تعرض الامام فى كتاب الرهان فى أصول الفقه لهذا البحث عند الكلام فى النقص قال الاصل الكيل أو الوزن وأثبت الشرع الخرص لحاجة فى قضية مخصوصة فهو من المستثناة قل ولكن يندح فى هذا المجال أن الوزن أضبط من الكيل ثم الكيل متعين فى بعض الاشياء مع امكان الوزن فالخرص فى محل الحاجة كالكيل فى المكيل بالاضافة الى الوزن فلا يتضح خروج الخرص بالكيل عن القانون حسب ايضاح خروج حمل العاقلة والكتابة الفاسدة وقال أبو الحسن على بن اسمعيل بن حسن الصنهاجى ثم الانبارى المالكي فى

لو طرأ الرق بأن وكل حر يباسترق (ومنها) خروج محل التصرف عن ملك الموكل كما إذا باع العبد الذى وكله يبيعه وقد مر ذلك وان وكله يبيع شئ آخر ثم اجره قال فى التتمة ينزل الوكيل لان الاجارة ان منعت البيع لم يبق مالكا للتصرف وان لم يمنعه فهو علامة الندم لان من يريد البيع لا يؤجر لقلة الرغبات بسبب الاجارة وكذا تزويج الجارية وفى طعن الحنطة الموكل يبيعها وجهان (وجه) اقتضائه الانزال بطلان اسم الحنطة واشعاره بالأمساك والعرض على البيع وتوكيل وكيل آخر لا يقتضى الانزال (ومنها) لو وكل السيد عبده يبيع أو تصرف آخر ثم أعتقه أو باعه ففى انزاله وجهان عن ابن سريج مبنيان على أنه توكيل محقق أو استخدام وأمر (ان قلنا) بالاول ففى الاذن بحاله لانه صار أكمل حالا مما كان (وان قلنا) بالثانى ارتفع الاذن لزوال الملك وعلى الثانى فلو قال عزلت نفسى فهو لغو وفصل بعفهم وقال ان كانت الصيغة وكلتك بكذا ففى الاذن ان أمره به ارتفع الاذن بالعتق والبيع وان حكمنا ببقاء الاذن فى صورة البيع فعليه استئذان المشتري لان منافعه صارت مستحقة له والكتابة كالبيع والاعتاق فى جريان الوجهين ولو وكل عبد غيره باذن المالك لعبد فباعه مالكة ففى ارتفاع الوكالة وجهان أيضا وجه الارتفاع بطلان اذنه بزوال ملكه وعلى الثانى يلزمه استئذان المشتري ولو لم يستأذن فى الصورتين بعد تصرفه لدوام الاذن وان ترك واجبا قال الامام رحمه الله تعالى وفيه احتمال بقينا مافى متن الكتاب مسألة غفلنا عنها الى الآن وهى أن الوكيل لو جحد الوكالة وأنكرها هل يكون ذلك رداً للوكالة روى فى الوسيط فيها أوجها (أصحها) وهو المذكور فى الكتاب انه ان كان لنسيان أو غرض فى الاخفاء فهو رد ولم أعثر على المسألة فى النهاية ولكنه أورد قريبا

شرحه كذلك اختلف الناس فى الخرص فى الموضع المسموع هل هو أصل منفرد بنفسه غير رخصة أو هو معدود من الرخص و يظهر أثر هذا الاختلاف فى مسائل (منها) أنه هل يجوز أن يجمع فى عقد واحد بين مكيل وجزاف أو يمنع ذلك كما يمنع البيع والقراض على رأى من منع ذلك والشهور عندهم على ما قال المنع بناء على الرخصة فيما تشق معرفة مقداره هو الكيل أو الوزن وأما ما لا تشق فلا يجوز الخرص فيه كالمعدود إلا أن يكون كثيراً كالجوز واللوز مثلاً أو متفاوت الاجرام ولذلك اختلفوا فى بيع العرايا فى خمسة أوسق وهذا الاختلاف ينبى على أن الأصل جواز الخرص الا فى موضع تحقق المنع أو الأصل المنع الا فى مواضع الاباحة قال (والاول) هو المذهب (والثانى) قول لبعضهم أى لبعض الاصحاب معني عندهم (قالت) وإذا أخذ الخرص حيث الجلة فيظهر ترجيح اعتباره وأنه ليس من الغرر المجنب لجواز إيراد العقد على الثمرة على رؤوس النخل بالدرهم وأما الخرص فى بيع الربوى بجنسه فينبغى أن يترجح أن الأصل المنع لان المماثلة شرط والأصل عدمها والله اعلم *

من هذه الالوجه فى انكار الموكل التوكيل هل يكون عزلاً أولاً (اعلم) أن قولنا أن الجواز من أحكام الوكالة يريد به الوكالة الخالية عن الجعل فأما إذا شرط فيها جعلاً معلوماً واجتمع شرائط الاجارة وعقد العقد بصيغة الاجارة فهو لازم وإن عقد بصيغة الوكالة فيمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها هذا شرح مسائل الكتاب ومختمه بصور نوردتها على الاختصار * لو وكل رجلاً بالبيع فباع ورد عليه المبيع بعيب أو أمره بشرط الخيار فشرط ففسخ البيع لم يكن له بيعه ثانياً خلافاً لابي حنيفة رحمه الله تعالى ولو قال بع نصيبى من كذا أو اقسم مع شركائى أو خذ بالشفعة فاشترى الخصم ملكه هل له الاثبات يخرج على الوجهين فى أن الموكل بالاستيفاء هل يثبت ولو قال بع واشترط الخيار فباع مطلقاً لم يصح ولو أمره بالبيع واطلق لم يكن للموكل شرط الخيار للمشتري وكذا ليس للموكل بالشراء شرط الخيار للبائع وفى شرطهما الخيار لنفسهما والموكل وجهان فان اطلاق العقد يقتضى عقداً بلا شرط ولو أمره بشراء عبد أو بيع عبد لم يكن له أن يعقد على بعضه لضرر التبعض ولو فرضت فيه غبطة كما إذا أمره بشراء عبد بألف فاشترى نصفه بأربعمائة ثم نصفه الآخر بأربعمائة فكذلك ولا ينقلب الكل اليه بعد انصراف العقد عنه وفيه وجه ضعيف ولو قل اشتره بهذا الثوب فاشتره بنصف الثوب صح لأنه إذا رضى بزوال كل الثوب فى مقابله فهو بزوال بعضه اشترى ولو قال بع هؤلاء العبيد واشترى خمسة أعبد ووصفهم فله الجمع والتفريق اذ لا ضرر ولو قل اشترى صفقة واحدة لم يفرق ولو فرق لم يصح للموكل ولو اشترى خمسة من مال كين لأحدها ثلاثة والآخرا ثمان دفعة واحدة وصحنا مثل هذا العقد فى وقوع شرائهم عن الموكل وجهان (أحدهما) وبه قل ابن سريج يقع حملاً

﴿ فرع ﴾ اذا قلنا يجب النقص عن الخمسة فهل يكفي أى قدر كان أم له ضابط الذى نص عليه الشافعي والاصحاب منهم الماوردي الاول فانه قال فى باب العرية من الام والايشترى من العرايا الا أقل من خمسة أوسق بشيء ما كان وقال الفوراني يجوز فى الاربعة ولا يجوز فى ستة وفى الخمسة قولان وهذا على جهة ضرب المثال ونقل جماعة عن ابن المنذر أنه قال وقد رواه جابر ما ينتهى به الى أربعة أوسق فهو المباح وما زاد عليه محظور ولم أر هذا الكلام فى الاشراف وانما أطلق فيه الاباحه فيما دون الخمسة ولعله فى الاوسط أو غيره من كتبه والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وما جازى فى الرطب بالتمر جازى فى العنب بالزبيب لانه يدخر يابس ويمكن خرصه فاشبه الرطب وفيما سوى ذلك من الثمار قولان (أحدهما) يجوز لانه ثمرة فجاز بيع رطبها بيا بسهما خرصا كالرطب (والثاني) لا يجوز لما روى زيد بن ثابت قال رخص رسول الله ﷺ فى العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص فى غير ذلك ولان سائر الثمار لا يدخر يابسها ولا يمكن خرصها لتفرقها فى الاغصان واستنارها فى الاوراق فلم يحز بيعها خرصا * ﴾

﴿ الشرح ﴾ حديث زيد هذا رواه مسلم وقد تقدم ومضى الكلام عليه وقد نص الشافعي على أن العرايا من العنب كهى من التمر واتفق أصحابه على ذلك وأنه يجوز أن يبيع العنب على أصوله

لكلامه على الأمر بتمليكهم دفعة واحدة ولو قال بع هؤلاء الاعبد الثلاثة بألف لم يبع واحداً منهم بما دون الألف لجواز أن لا يشتري الباقيان بالباقي من الألف ولو باعه بالف صح ثم هل يبيع الآخرين فيه وجهان (أصحهما) نعم ولو قال بع من عبدي من شئت أبقي بعضهم ولو واحداً ولو وكله باستيفاء دينه على زيد فمات نظر إن قال وكلتك فى طلب حتى من زيد لم يطالب الورثة وان قال بطلب حتى الذى على زيد طالبهم ولو أمره بالبيع نسيئة فباع لم يلزمه التقاضى بعد حلول الأجل ولا سكن عليه بيان المعامل حتى لا يكون مضيعاً لحقه وكذلك لو قال ادفع هذا الذهب إلى صانع فقال دفعته فطالبه الأمر ببيانه قال القفال عليه البيان ولو امتنع كان متعدياً حتى إذا بينه من بعد وكان قد تلف فى يد الصانع يلزمه الضمان قال القفال والأصحاب كانوا يقولون لا يلزمه البيان ولو قال لغيره بع عبدك من فلان بالف وأنا أدفعه إليك فباعه منه قال ابن سريج يستحق البائع الألف على الأمر دون المشتري فاذا غرم الأمر رجع على المشتري ولو قال لغيره اشتر عبد فلان لى بشوبك هذا أو بدراهمك ففعل حصل الملك للأمر ويرجع المأمور عليه بالقيمة أو المثل وفيه وجه أنه إذا لم يجر شرط الرجوع لا يرجع ومتى قبض وكيل المشتري المبيع وغرم الثمن من ماله لم يكن له حبس المبيع لغيره الموكل له وفيه وجه ان له الحبس وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى بناء على أن الملك يحصل للوكيل ثم

خرصا بالزبيب كيلا واستدلوا له بأن النبي ﷺ سوى بين الرطب والعنب في إيجاب العشر وفي سن الخرص فيهما قال الشافعي إن العنا قيد ظاهرة بادية كالأعناق فيمكن خرصها والاحاطة بها ولم يذكر المصنف هذين المعنيين وإنما ذكر ادخار اليباس منه وإمكان الخرص لأنهما معنيين مناسبتين للحكم المذكور وكل منهما شرط في تصوير المسألة ووافقا على إلحاق العنب بالرطب المالكية وبعض الحنابلة وخالف في ذلك الليث بن سعد وأحمد بن حنبل وداود الطاهري قال الماوردي واختلف أصحابنا هل جازت في الكرم نصا وروينا عن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ أرخص في العرايا والعرايا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب والثاني وهو قول ابن أبي هريرة وطائفة من البعديين أنها جازت في الكرم قياسا (قلت) والحاملي وابن الصباغ ممن جعل ذلك نصا ولم أقف على النص الذي ذكره في شيء من الأحاديث بل في رواية الترمذي ما يشعر بخلاف في ذلك أيضا وقال أن ذلك من باب القياس الجلي لأن جميع المعاني الموجودة في النخيل موجودة في الكرم بل رواية الترمذي عن سهل بن أبي حنمة أن رسول الله ﷺ نهى عن المزينة التمر بالتمر إلا لأصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم

ينقل إلى الموكل ولو وكله باستيفاء دينه من زيد فقال زيد للوكيل خذ هذه العشرة واقض بها ديني عن فلان يعني موكله فاخذها صار وكيل زيد في قضاء دينه حتى يجوز لزيد استردادها مادامت في يد الوكيل ولو تلف عنده بقي الدين بحاله ولو قال زيد خذها عن الذي تطالبني به فلان فاخذها كان قبضا للموكل وبرئت ذمة زيد وإيس له الاسترداد ولو قال خذها قضاء عن دين فلان فهذا محتمل للوجهين جميعا ولو تنازع الموكل وزيد فالقول قول زيد مع يمينه ولو دفع عشرة إلى رجل فقال تصدق بها على الفقراء فتصدق بها ونوى نفسه لغت نيته وكانت الصدقة للأمر ولو وكل عبدا ليشتري نفسه أو مالا آخر من سيده ففي وجه لا يجوز لأن يده يد السيد فاشبهه ماله وكل إنسانا ليشتري له من نفسه والأظهر الجواز كما يجوز توكيله في الشراء من غير سيده وعلی هذا فعن صاحب التقريب أنه يجب أن يصرح بذكر الموكل فيقول اشتريت نفسي منك لموكل فلان والافقوله اشتريت نفسي صريح في اقتضاء العتق لا يندفع بمجرد النية ولو قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من سيدي ففعل قال صاحب التقريب يجوز ويشترط التصريح بالإضافة إلى العبد فلو أطلق وقع الشراء للوكيل إذ البائع لا يرضى بعقد يتضمن الاعتاق قبل توفير الثمن ولو قال لغيره أسلم في كذا ورأس المال من مالك ثم ارجع علي قال ابن سريج يصح ويكون رأس المال قرصا على الأمر وقيل لا يصح لأن الأقراض لا يتم إلا بالأقباض ولم يوجد من المستقرض قبض وإذا أبرأ وكيل المسلم للمسلم اليه لم يلزم إبرأؤه للموكل لكن المسلم اليه لو قال لأعرفك وكيلا وإنما

وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل تمر بخرصه فهذه الرواية تشعر بأن العنب لا يعطى حكم التمر لأنه فصله من الاستثناء وجعله مع بقية التمر فالصواب أن ذلك انما ثبت بالقياس وهو الذى يقتضيه كلام الشافعى فإنه لم يذكر غيره والله أعلم * نعم فى رواية مسلم فى الصحيح من رواية ابن عمر وفيه والمزانية بيع تمر النخل بالتمر كيلا وبيع الزبيب بالعنب كيلا وعن كل تمر بخرصه ثم ذكر من رواية جابر النهى عن أمور منها المزانية وقال فى آخره الا العرايا ورواية الترمذى ماضية على ذاك ومثناة لما يعود الاستثناء إليه والله أعلم * واعلم أن قوله وعن كل تمر بخرصه فى رواية مسلم والترمذى عام فى العنب وغيره فيكون الحاق العنب بالزبيب تخصيصا للعموم بالقياس فمن يمنع منه ينبغي أن يتوقف عن الحاق ههنا بالبدليل والله أعلم * وأما غيرهما من الثمار التى تجفف مثل الخوخ والاجاص والكمثرى والتين والجوز واللوز

الترمت لك شيئا فأبرأتني عنه نفذ فى الطاهر وتعطل بفعله حق المسلم وفى وجوب الضمان عليه قولاً الغرم بالحيلولة (والأطهر) وجوبه لكن لا يغرم مثل المسلم فيه ولا قيمته كيلا يكون اعتياضاً عن المسلم وانما يغرم له رأس المال حكاه الامام عن العراقيين وشهد له الحسن ورأيت فى تعليق الشيخ أبى حامد أنه يغرم للموكل مثل المسلم فيه ولو قال اشتريت طعاماً بكذا نص الشافعى رضى الله عنه أن يحمل على الحنطة اعتباراً بعرفهم قال الرويانى وعلى هذا لو كانت بطرستان لم يحز النوكيل لأه لا عرف فيه لهذا اللفظ عندهم فيكون النوكيل فى مجهول ولو قال وكانك ببراء غرماني لم يملك الوكيل ابراء نفسه فان كان قد قال وان شئت تبرى نفسك فافعل فعلى الخلاف السابق فى أنه هل يجوز توكيل المديون ببراء نفسه ولو قال فرق ثلثي مالى على الفقراء وان شئت أن تضعه فى نفسك فافعل فعلى الخلاف فيما إذا أذن للوكيل فى البيع من نفسه *

﴿ الباب الثالث فى الزرع ﴾

قال ﴿ وهو فى ثلاثة مواضع (الأول) فى أصل الاذن وصفته وقدره * والقول فيه قول الموكل فاذا اشترى جارية بعشرين فقال مأذنت إلا فى الشراء بعشرة وحاف * فان كان اشتراء بعين مال الموكل وصدقه البائع فى أنه وكيل فالبيع باطل وغرم له الوكيل العشرين * وان اشتراه فى الذمة واعترف البائع بالوكالة فباطل * وان أنكر البائع الوكالة لم يقبل * فان أنكر الوكالة وبقيت الجارية فى يد الوكيل فليتلطف الحاكم بالموكل حتى يقول للوكيل بعتك بعشرين * فان قال إن كنت أذنت لك فقد بعتك بعشرين صح على النص * فان امتنع والوكيل صادق فى الباطن فالصحيح أنها لا تحل له ولا يملكها * ولكن له بيعها وأخذ العشرين من ثمنها لأنه ظمر بغير جنس حقه * ومن له الحق لا يدعى عين المال فيقطع مجواز أخذه ﴾

والشمش فهل يجوز على شجره بخرصه جاها فيه طريقان (احداها) أن المسألة علي قولين وهي التي حكها القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمصنف واتباعه والجرجاني والفوراني وإمام الحرمين والمتولي وصاحب العدة والرافعي وقال صاحب البيان انها المشهورة في كلام المحاملي وغيره لشبه ذلك بالمساقاة تجوز في الدخل والسكرم قولاً واحداً وفي غيرها من الثمار حكى قولين أحدا القولين تجوز وهو مذهب مالك وبعض الحنابلة لأن النفس تدعو الى أكلها في حال رطوبتها وهذه علة مناسبة لشبه الحاجة التي شرع لها بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب وأما قول المصنف رحمه الله لأنها ثمرة فتعليل لمجرد الاسم وهو وإن كان جائزاً عنده وسند جماعة من الأصوليين فغيره أولى منه فلو عمل بهذه العلة التي ذكرتها كان أولى وهي التي ذكرها القاضي أبو الطيب وفي كلام الشافعي تعليل ذلك بعله محتاج الى النظر فيها سأذكرها في آخر الكلام ان شاء الله تعالى (والثاني) لا يجوز وهو المنصوص عليه في باب العرية من

الاختلاف في الوكالة في مواضع (منها) أصل العقد فإذا قال وكلتني في كذا فأنكر فالحق قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الاذن ولو توافقا على أصل العقد واختلفا في بعض الكيفيات أو المقادير كما إذا قال وكلتني ببيع كذا أو ببيعة نسيت أو بشرائه بعشرين وقال الموكل لا بل يبيع بعضه أو ببيعة مقدماً أو بشرائه بعشرة فالحق قول الموكل أيضاً لأن الأصل عدم الاذن فيما يدعيه الوكيل والموكل أعرف بحال الاذن الصادر منه ولأنه لما كان القول في أصل العقد قوله وجب أن يكون في الصفة والمقدار كذلك كما أن الزوجين إذا اختلفا في عدد الطلاق كان القول فيه قول الزوج لانهما لو اختلفا في أصله كان القول فيه قوله وفرقوا بينه وبين ما إذا قطع الخياط ثوب غيره قباء وقال كذلك أمرتني وقال المالك بل أمرتك أن تقطعه قميصاً حيث كان القول قول الخياط على قول مع أنها لو اختلفا في أصل الاذن كان القول قول المالك بان المالك هناك يريد الزام الخياط الارش والاصل عدمه وههنا الموكل لا يلزم الوكيل غرامة وان لزمه الثمن وانما يلزمه بحكم اطلاق البيع على ماسيأتي * إذا تقرر ذلك فلو وكله بشراية فاشتراها الوكيل بعشرين وزعم أن الموكل أذن فيه وقال الموكل ما أذنت إلا في الشراء بعشرة وحافناه فخاف فيسطر في الشراء أكان بعين مال الموكل أم في الذمة إن كانت بعين مال الموكل فإن ذكر في العقد أن المال لفلان والشراء له فهو باطل لأن المال في يده لم يتعلق به حق العير قبل الشراء فيقبل اقراره فيه وحينئذ يكون العقد واقعا بهمال العير وقد ثبت يمين من له المال أنه لم يأذن في الشراء الذي باشره الوكيل فيلغو فان لم يذكره في العقد وقال بعد الشراء إنني اشتريت له فان صدقه البائع فالحق باطل أيضاً وإذا بطل الشراء كانت الجارية باقية على ملك البائع وعليه رد ما أخذه وان كذبه البائع وقال إنما اشتريت لنفسك والمال لك حلف على

الام المنسوب الى الدرف قال ولا تكون العرايا الا في النخل والعنب لأنه لا يضبط خرص شيء غيره واقتصر في هذا الموضوع على هذا رسيأتي عنه انه ذكر في موضع آخر تلويحاً الى القول الاول وهذا القول أعني قول النافع هو الامح عند الروياني في الحامية والجرجاني وابن أبي عمرون والرافعي وغيرهم واستدلوا به بالحديث الذي ذكره الله في الاستدلال به نظر لأنه ان أريد أن النبي ﷺ منع في غير ذلك فينبغي أن يمتنع العنب بالزبيب ويكون قياسه على الرطب حينئذ في مقابلة النص وان أريد أن الرخصة من النبي ﷺ لم تتفق في غير ذلك فصحيح لكن لا يمتنع القياس على مثل هذا وان أريد أن الصحابي ظهر له بقرينة الحال أن الرخصة مقصورة على ذلك وأوجبنا الأخذ بذلك فينبغي أن لا يجوز العنب بالزبيب ولكن الاصحاب لما رأوا الحاق العنب بالرطب ظاهر اقويا لم يتركوه بمجرد هذا اللفظ المحتمل لهذه الأمور ولما كان الحاق ماسوى ذلك من الثمار ليس بحلي

نفى العلم بالوكالة وحكم بصحة الشراء للوكيل في الطاهر وسلم الثمن المبيع إلى البائع وغرم الوكيل مثله للموكل * وان كان الشراء في الذمة بطر إن لم يسم الموكل ولكن نواه كانت الجارية الموكل والشراء له ظاهراً وان سماه فان صدقه البائع بطل الشراء لاتفاقها على كونه للغير وثبت كونه بغير إذنه يمينه وان كذبه البائع وقال انت مبطل في تسميته فيلزم الشراء الوكيل ويكون كما لو اقتصر على النية أو يبطل الشراء من أصله فيه وجهان سبق ذكرهما في أخوات هذه الصورة (والأظهر) وبه قال أبو اسحق صحته ووقعه للوكيل وحيث صححنا الشراء وجعلنا الجارية للوكيل ظاهراً وزعمه أنها للموكل قال المزني عن الشافعي رضي الله عنه يستحب في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول له ان كنت امرته ان يشتريها بعشرين فقل بعته إياها بعشرين ويقول الآخرة قبلت فيحل له الفرج قال الأئمة ان أطلق الموكل وقال بعته بعشرين وقل الوكيل اشتريت صارت الجارية له ظاهراً وباطناً وان علق كذا كره المزني فيه وجهان (أحدهما) لا يصح البيع للتعليق والتعليق مما يحكمه المزني من كلام الحاكم لامن الموكل (وأصحها) الصحة لأنه لا يمكن من البيع إلا بهذا الشرط فلا يضر التعرض له كما لو قال هذا زكاة مالي الغائب ان كان سالماً يجوز له لأنه إنما يقع زكاة عن الغائب بهذا الشرط وسواء أطلق البيع أو علق فلا يجعل ذلك إقراراً بما قاله الوكيل وتكديماً لنفسه وان امتنع الموكل من الاجابة أو لم يرفق الحاكم به نظر ان كان الوكيل كادياً لم يحل له وطؤها ولا التصرف فيها بالبيع وغيره وان كان الشراء بين مال الموكل لان الجارية حينئذ تكون للبائع وإن كان الشراء في الذمة ثبت الحل لوقوع الشراء عن الوكيل ضرورة كونه مخالفاً للموكل وذكر في التتمة أنه إذا كان كاذباً والشراء بمال الموكل فلا وكيل يبيعها اما بنفسه أو بالحاكم لأن البائع حينئذ يكون أخذ مال الموكل

قدموا ذلك اللفظ علياً لأن ذلك لا يؤول لا عند ظهور ما يدل عليه رقل امام الحرمين إن الاصحاب بنوا الخلاف في ذلك علي القوانين في أن الحرص هل يجري في ثمار سائر الاشجار (ان قلنا) لا يجري امتنع البيع للجهالة (وان قلنا) يجري في ذل على أنا هل يتعرض في ذلك على الاتباع أو تتبع طريق الرأي والقياس فمن سلك الاتباع منع ومن جوز الرأي سوغ وذكر الامام أنه قدم الخلاف في الحرص في كتاب الزكاة وكذلك الغزالي رحمه الله قل فيه قولان المذكوران في الزكاة واعترض بعض الشارحين عليه وقل لم يتعرض لذلك في كتاب الزكاة ولا الامام ولا رأيت في موضع ما ولا يليق ذكره في الزكاة لأن الزكاة في ذلك فليتنبه لهذا (ثالث) والغزالي وامامه مسبوقان بمثل هذا الكلام من القاضي حسين لكن الاعتراض المذكور صحيح وقد يقل في جوابه إن ذلك يأتي على القول بتقديم في وجوب الزكاة في الزيتون وما ذكر معه مما سوى الرطب والعنب وأما قول المصنف

لأعن استحقاق وقد غرم الوكيل للموكل فله أن يقول للبائع رد مل للموكل أو اغرمه إن كان قالاً لكنه قد تعذر ذلك بسبب البين فله أخذ حقه من الجارية التي هي ماله ولو كان الوكيل صادقاً ففيه اوجه (أحدها) ويحكي عن الاصطخري أنها تكون للوكيل طاهراً وباطناً حتى يحل له الوطء وكل تصرف وبه قل أبو حنيفة رحمه الله بناء على أن الملك يثبت للوكيل ثم ينتقل الى الموكل فاذا تعذر نقله منه بقي على ملكه ومنهم من خص هذا الوجه بما اذا كان الشراء في الذمة ولم يطرده في الحالين واليه مال الامام رحمه الله تعالى (وثانيها) أنه ان ترك الوكيل مخاصمة الموكل فالجارية له طاهراً وباطناً وكأنه كذب نفسه والافلا (وثالثها) وهو الأصح أنه لا يملكها باطناً بل هي للموكل وللوكيل الثمن عليه فهو كمن له علي رجل دين لم يؤده فطفر بغير جنس حقه من ماله فيجىء الخلاف أنه هل له يبعه وأخذ الحق من ثمنه (والأصح) أن له ذلك ثم يباشر البيع بنفسه أو يرفع الامر الى القاضي حتى يبيعه فيه وجهاً (الأصح) ههنا أن له بيعها بنفسه لأن القاضي لا يبيحه الى البيع ولأن المظفور بماله في سائر الصور يدعي المال لنفسه وتسايط غيره عليه قد يستبعد وههنا الموكل لا يدعي المال لنفسه (واذا قلنا) انه ليس له أن يأخذ الحق من ثمنها فتوقف في يده حتى يطهر ماله كلها أو يأخذها القاضي ويحفظها فيه وجهاً نذكرها في نظائره * ولو اشترى جارية فقال له الموكل ما وكلتك بشرائها وإنما وكلتك بشراء غيرها وحالف عليه بقيت الجارية المشتراة في يد الوكيل ويتلطف كما مر (قوله) في أول الباب القول فيه قول الموكل اطلاق لفظ الموكل على المشتري في الصورتين بالخلاف في صفة الاذن أو قدره قويم حسن لكنه في صورة الاختلاف في أصل الاذن غير مستحق وكيف ونحن نصدقه بأنه غير موكل (قوله) صح على النص المراد منه ما حكيناه من كلام المرئي وهو ظاهر في تصحيح البيع

لان سائر الثمار لا يدخر يابسها فاعلم أن القاضي أبا الطيب انما فرض المسألة فيما يدخر يابسها فهو خلاف
الفرض لان صورة المسألة فيما يدخر يابسها كذلك فرضها القاضي أبو الطيب والامام في الجاف بالرطب
من سائر الثمار ويحتمل أن يكون مراده بالجاف ماهو على هيئة الادخار ولا بد من ذلك لأن العرايا
بيع رطب يابس واليابس الذي لا يدخر لا يرغب فيه وقوله ولا يمكن خرصها ان أراد عدم الامكان
الشرعى بمعنى أنه لم يشرع فيها الخرص فصحيح قال الشافعى فى باب الوقت الذى يحل فيه بيع
الثمار ولم أحفظ عنه يعنى عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أهل العلم ان شيئاً من الحبوب تؤخذ زكاته
يخرص ولو احتاج اليه أهله رطباً لانه لا يدرك علمه كما يدرك علم ثمرة النخل والعنب وان أراد نفي
الامكان الحسى فقد يمنع (نعم) هو عسر لما ذكره المصنف من العلة فلذلك لم يدخل الخرص فيه شرعاً
فان الغالب عليها الاشارة في الأوراق وعدم الظهور والذي علل به القاضي أبو الطيب أن العشر

يأبى عن قبول التأويل المذكور (وقوله) ولكن له بيعها واخذ العشرين من ثمنها علم - بالواو - (وقوله)
لا يملكها - بالخاء - (وقوله) لانه طفر بغير جنس حقه اشارة الى ما ذكرنا من أن الظاهر ههنا أولى بالتمسك *
﴿ فرع ﴾ لو باع الوكيل بالبيع نسيئة وقال كنت مأذوناً فيه وقال الموكل ما أذنت لك الا
في بيعه نقداً فالقول قول الموكل كما مر ثم لا يخلو اما ان ينكر المشتري الوكالة أو يعترف بها (الحالة
الأولى) أن ينكر الوكالة أو يقول إنما عرفت البائع مالكا فالموكل يحتاج الى البينة فان لم تكن بينة
فالقول قول المشتري على نفي العلم بالوكالة فان حلف قرر المبيع في يده والا ردت على الموكل فان
حلف حكم بطلان البيع والا فهو كالحلف المشتري ونكل الموكل عن يمين الرد في خصومة المشتري
لا يمنعه من الحلف على التوكيل فاذا حلف عليه فله أن يفرم الوكيل قيمة المبيع أو مثله ان كان مثلياً
والوكيل لا يطالب المشتري بشيء حتى يحل الأجل مؤاخذه له بموجب تصرفه فاذا حل نظر ان يرجع
عن قوله الأول فصدقه الموكل فلا يأخذ من المشتري الا أقل الأمرين من الثمن أو القيمة لأنه ان كان
الثن أقل فهو موجب عقده وتصرفه فلا يقبل رجوعه فيما يلزم زيادة على الغير وان كانت القيمة أقل
فهو الذى غرمها فلا يرجع الا بما غرم لأنه قد اعترف آخرأ بفساد العقد فان لم يرجع وأصر على قوله
الأول فيطالبه بالثن بتمامه وان كان مثل القيمة أو أقل فذاك وان كان أكثر فالزيادة في يده للموكل
ينكرها فيحفظها أو يلزم دفعها الى القاضي فيه خلاف مذكور في موضعه وسأل الامام نفسه ههنا
وقال إذا أسكر الموكل التوكيل بالبيع نسيئة كان ذلك عرلاً للوكيل على رأى فكيف يملك الوكيل
بعد استيفاء الثمن وأجاب عنه بأنه إنما استوفى الثمن لأن الموكل ظلمه بتغيره في زعمه واعتقاده والثن
على المشتري ملسكه فان كان من جنس حقه فقد ظفر بجنس حقه من مال من ظلمه وان كان من غير الجنس

لا يجب فيها ولا يسن الخرص فيها كما فعل في الجانب الآخر والله أعلم * وليس في كلام الشافعي رضي الله عنه في الحاق العنب وقطع بقية الثمار عن الالحاق الى كون العنب يخرص وهي لا تخرص والله أعلم * وفي موضع آخر قال لانه لا يضبط خرص شيء غيره وهذه العبارة أسلم عن الاعتراض من عبارة للصنف (والطريق الثاني) أنه لا يجوز قولاً واحداً وهو الصحيح عند المحاملي والرويانى ونقله العمرانى عن حكاية صاحب العتمد ومن المجازة بين به سليم في الكفاية وفرق المحاملي بينه وبين المساقاة بأن للمعني الذي لأجله جوزت المساقاة في الرطب والعنب أن صاحب النخل والكرم يحتاج الى من يقوم على ثمرته ويسقيها ويتهبها فدمت الحاجة الى جواز المساقاة عليها على أحد القولين وليس كذلك بيع العرايا لأنه انما يجوز ذلك في الرطب والعنب لأنه يمكن معرفة قدره بالخرص وهذا للمعني لا يوجد في غيرها من الثمار فلذلك لم يجز البيع قولاً واحداً والظاهر الطريقة

فيأخذها أيضاً ولا يخرج على القولين بالطرف بغير جنس الحق في غير هذه الصورة لأن المالك يدعيه لنفسه ويمنع الغير عنه والموكل لا يدعى الثمن ههنا وأول مصرف يعرض له التسليم إلى الغارم الوكيل وهذا ما أراد صاحب الكتاب بقوله في مسألة الجارية فيقطع بجواز أخذه والمذهب المشهور بخريجه على الخلاف في ذلك الأصل على ما مر ولك أن تعلم قوله ويقطع بجواز أخذه وعليك أن تعلم أن الطاهر خلافه (الحالة الثانية) أن يعترف المشتري بالوكالة فينظر ان صدقه الموكل فالبيع باطل وعليه رد المبيع ان كان ياقياً وان تلف فالموكل بالخيار ان شاء غرم الوكيل لتعديه وان شاء غرم المشتري لتفريع يده على يد مضمونه وقرار الضمان على المشتري لحصول الضمان في يده (نعم) يرجع بالثمن الذي دفعه الى الوكيل لخروج المبيع مستحقاً وان صدق الوكيل فالقول قول الموكل فان حلف أخذ العين وان نكل حلف المشتري وبقيت له *

قال ﴿ الثاني في المأذون فاذا قال تصرفت كما أذنت من بيع أو عتق فقال الموكل بعد لم تتصرف فقولان (أحدهما) القول قول الوكيل لأنه أمين وقادر على الأنشاء والتصرف اليه (والآخر) لا فانه اقرار على الموكل ملازم والأصل عدمه * وأما إذا ادعى تلف المال فالقول قوله لأنه ينبغي دفع الضمان عن نفسه * وكذا إذا ادعى رد المال سواء كان بجعل أو بغير جعل * وذكر العراقيون في تصديق الوكيل بالجعل وجهين ﴾ *

في الفصل مسألتان (الاولى) إذا وكاه ببيع أو هبه أو صالح أو طلاق أو إعتاق أو إبراء فقل الوكيل تصرفت كما أذنت وقال الموكل لم تتصرف بعد نظر ان جرى هذا الخلاف بعد انزال الوكيل لم يقبل قوله إلا بينة لأنه غير مالك للتصرف حينئذ وان وقع قبله فقولان (أحدهما) أنه يصدق

الاولى لأن الشافعي قال في باب بيع العرايا من الأم وكل ثمرة طاهرة من أصل ثابت مثل الفرسك
وللمشمس والكثري والاجاص وغير ذلك مخالفة للتمر والعنب لأنها لا تنحصر لتفرق ثمارها والحائل
من الورق دونها وأحب إلى أنه لا يجوز بما وصفت ولو قال رجل هي وان لم تنحصر فقد رخص منها
فيما حرم من غيرها أن يباع بالتحري فأجيره كان مذهبا هذا لفظ الشافعي بحروفه وهذه الصيغة منه
تقتضى اثبات قول آخر بالجواز وان كان الراجح عنده ما قدمه وهو المنع ومقتضى تجويز العرايا فيها
جواز الخرص فيها والا فكيف تباع العرايا وكيف ما قدر فالأصح المنع ومن صححه الروياني والبعوي
والجرجاني والرافعي وآخرون والله أعلم * وقول الشافعي رخص منها فيما حرم من غيرها أي ما يباع
بالتحري هكذا رأيت في نسخة معتمدة من الأم ونسخة ثانية منها أيضاً وفيه اشكال لأن طاهره أنه رخص
منها في شيء حرم من غيرها أن يباع بالتحري وان كان مقتضى الجواز وذلك معني لا ينسأغ ولا فرق
بينها وبين غيرها في أن يبيعها بجنسها بالتحري غير جائز وبغير جنسها جائز ورأيت أبا بكر أحمد بن

الوكيل يمينه لانه ائتمنه فعليه تصديقه ولأنه مالك لأشياء التصرف ومن يملك الأنشاء يقبل إقراره
كالولي المجبر إذا أقر بنكاح موليته وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلا في المكاح إذا اختلف فيه
الوكيل والموكل فالقول قول الموكل (والثاني) ان القول قول الموكل لأن الأصل العدم ولأن
الوكيل مقر عليه بزوال الملك عن السلعة فوجب أن لا يقبل بخلاف ما إذا ادعى الرد أو النلف فانه ينبغي
دفع الضمان عن نفسه لا إلزام الموكل شيئاً وما لا أصح من القولين وما كيفيتهما (أما الأول) مكلام أكثر
الاصحاب ترجيح تصديق قول الموكل وهو اختيار ابن الحداد ورجحه الشيخ أبو علي من جهة القياس (وأما
الثاني) فان قول تصديق الموكل منقول عن الشافعي رضي الله عنه في مواضع واختلاف الناقلون في
القول الآخر فذكر الروياني وغيره أنه منصوص عليه في الرهن الكبير قال الشيخ أبو علي انه مخرج
خرجه ابن سريج على هذه الطريقة وبما أبدلوا لفظ القولين بالوجهين وفي المسألة وجه ثالث وهو
أن ما يستقل به الوكيل كالطلاق والاعتاق والابراء يقبل فيه قوله مع يمينه وما لا يستقل كالبيع لا بد
فيه من البينة ولو صدق الموكل في البيع ونحوه ولكن قال كنت عزلتك قبل التصرف وقال
الوكيل بل كان العزل بعد التصرف فهو كما لو قال الزوج راجعتك قبل انقضاء العدة وقالت انقضت
عدتي قبل أن تراجعني ولو قال الموكل قد باع الوكيل فقال الوكيل لم أبيع فان صدق المشتري الموكل
حكم بانتقال الملك اليه وإلا فالقول قوله (الثانية) دعوى الوكيل تلغ المال مقبول مع يمينه كما
في المودع وكذا دعواه الرد على اختلاف ذكرناه في الرهن والطاهر القبول أيضاً وقد ذكر صاحب

بشرى المصرى فى كتابه المختصر المنبه من علم الشافعى نقل اللفظ المذكور بصيغة سالمة عن هذا الاشكال قال ولو قال رجل هى وان لم تحصر فقد رخص فيما حرم من غيرها أن يباع بالتحرى فأجيزه كان مذهباً فأسقط لفظة منها واستقام المعنى وصار المعنى لانه كما رخص فيما هو حرام من غيرها أن يباع بالتحرى جاز فيها ولم يصرح بوجه الالحاق والله أعلم * وعبرة الشافعى فيما نقله لنا وردى فى الحاوى ولو قال قائل يجوز التحرى فيها كان مذهباً وهذا الاشكال فى فهمه (فائدة) قال ابن الرفعة ان قلت انه يجب اذا منعنا القياس فى الرخص كما هو قول الشافعى القديم وقول لغيره أن لا يقاس العنب على الرطب ولا نعلم قائل به فى مذهبنا وأجاب بأن السؤال صحيح ان صح أن الشافعى كان يمنع القياس فى الرخص فى القديم وجوابه لعله كان فى القديم يرى ان اسم العربية لا يختص بالرطب (قلت) وقد تقدم رد قول من جعل ذلك منصوباً وترجيح كونه ثابتاً بالقياس وأما كون الشافعى له قول

الكتاب حكم دعواه الرد مرة فى باب الرهن الا أن لفظه فى حكاية طريقة العراقيين هناك جواب على احد وجهيه وهو أن الوكيل بالجعل غير مصدق وههنا نص على الوجهين كما ذكرناهما فى شرح طريقهم هناك وقد بينا ثم ان تسويته بين دعوى التلف والرد فى نقل الخلاف على خلاف ما أورده الجمهور ولفظه ههنا صالح لما ذكره هناك ولما هو الحق أن يفصل بين قوله وكذا اذا ادعى رب المال عما قبله وكل ما ذكرناه ههنا وهناك فيما اذا ادعى الأمين الرد على من ائتمنه أما اذا ادعى الرد على غيره فقد ذكره صاحب الكتاب فى الوديعة وستأتى إن شاء الله تعالى ومن مسائله دعوى القيم الرد على اليتيم الذي كان يقوم بأمره وهى مذكورة فى هذا الباب من بعد (ومنها) أن يدعى الوكيل الرد على رسول المالك لاسترداد ما عنده فلا خلاف فى أن الرسول إذا أنكر القبض كان القول قوله مع يمينه وأما الوكيل فاللذهب أنه لا يلزمه تصديق الوكيل لانه يدعى الرد على من لم يأتمنه فليقم البينة وفى وجه عليه التصديق لأنه معترف برسالته ويدرسوله يده فكانه ادعى الرد عليه *

قال (وكذلك) لو قال قبضت الثمن وتلف فى يدي وكان ذلك بعد التسليم فالقول قوله لان الموكل يريد أن يجعله خائناً بالتسليم قبل الاستيفاء * فأما إذا كان قبل التسليم فالقول فيه قول الموكل والأصل بقاء حقه *

إذا وكل وكيل باستيفاء دين له على إنسان فقال استوفيته وأنكر الموكل نظر إن قال استوفيته وهو قائم فى يدي فخذ فعلية أخذه ولا معنى لهذا الاختلاف ولو قال استوفيته وتلف فى يدي فالقول قول الموكل مع يمينه على نفي العلم باستيفاء الوكيل لان الأصل بقاء حقه فلا يقبل قول الوكيل

يمنع القياس في الرخص حتى يلزم عليه ما أورده نلم أعلم الشافعي قولاً بذلك ولا وقفت عليه في نقل معتمد وليس عند الشافعي باب يمتنع فيه القياس إذا اجتمعت شروطه وقد ذكر الغزالي في المستصفى قياس العرايا من قسم ما استثنى عن قاعدة سابقة ويتطرق إلى استثنائه معنى في قياس عليه كل مسألة دارت بين المستقر ومشارك المستثنى في علة الاستثناء ومثل بالعرايا فإنه لم يرد ناسخاً لقاعدة الربا لكن استثنى للحاجة فقيس العنب لأننا نراه في معناه نعم لنا رخص لا يجوز القياس عليها لأجل أنها رخص بل لأنه لم يوجد فيها شروط القياس كرخص السفر والمسح وأكل الميتة والعاقلة وأرشد الجنابة والغرة والشفعة والقسامة ونظائرها وهذه أمثلة من قسم ترجم النزالي عنه بالقواعد المبتدأة العديدة النظير فهذه إنما امتنع القياس فيها لعدم نظيرها وليس كل رخصة كذلك فلعل من نقل عن الشافعي أنه لا يقيس في الرخص القيس عليه بذلك فلا يرجح على هذا النقل إلا بعد تثبت والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال الجرجاني لا تجوز العرية في الزرع بخلاف السكرم والنخل لأن أعذاقها وعنا قيدها مجتمعة بارزة *

والمديون إلا بينة هذا ظاهر المذهب وجعله بعضهم على الخلاف المذكور فيما إذا اختلفا في البيع ونحوه وعلى الأول فإذا حلف الموكل أخذ حقه ممن كان عليه ولا رجوع له على الوكيل لاعترافه أنه مظلوم ولو وكله بالبيع وقبض الثمن أو البيع مطلقاً وقلنا الوكيل بالبيع يملك قبض الثمن واتفقا على البيع واختلفا في قبض الثمن فقال الوكيل قبضته وتلف في يدي وأنكر الموكل فهذه مسألة . الكتاب وفي معناها ما إذا قال قبضته ودفعته إليك فأنكر الموكل القبض ففي المصدق منهما طريقان (أحدهما) أنه على الخلاف المذكور في البيع وسائر التصرفات (وأظهرها) أن هذا الاختلاف إن كان قبل تسليم المبيع فالقول قول الموكل كما في المسألة السابقة وإن كان بعد تسليمه فوجهان (أحدهما) الجواب هكذا لأن الأصل بقاء حقه (وأصحها) وبه قال ابن الحداد أن القول قول الوكيل لأن الموكل ينسبه إلى الخيانة قبل قبض الثمن ولزوم الضمان والوكيل ينكر فاشبه ما إذا قال لا وكل طلبةتك برد الثمن الذي دفعته إليك أو بضمن المبيع الذي قبضته فامتنعت مقصراً إلى أن تلف فقال الوكيل لم تطالبني ولم أكن مقصراً فان القول قوله وهذا التفصيل فيما إذا أذن في البيع مطلقاً أو حالاً فان أذن في التسليم قبل قبض الثمن أو أذن في البيع بضمن مؤجل وتنازعا في القبض بعد الأجل فهنا لا يكون خائناً بالتسليم قبل القبض والاختلاف كالاختلاف قبل التسليم فإذا صدق الوكيل فحلف فهل تبرأ ذمة المشتري فيه وجهان (أحدهما) نعم لأننا قبلنا قول الوكيل في قبضه الثمن فاكنتي بموجبه (والثاني) لا لأن الأصل عدم الاداء وإنما قبلناه من الوكيل في حقه لاثباته إياه

﴿ فرع ﴾ لو باع الرطب على الشجر بجنس آخر من الثمار على الشجر وعلى الأرض يجوز من غير خرس قل أو أكثر ويتقاضان نص عليه الشافعي والأصحاب ولو بيعت العرايا بتقد أو عرض موصوف من كل ماعدا الماء كولد والمشروب إلى أجل وقبض المشتري العريية جاز نص عليه الشافعي رضي الله عنه *

﴿ فرع ﴾ قال إمام الحرمين وحق الفقيه أن لا يغفل في تفاصيل المسائل عما مهدناه في كتاب الزكاة من تفصيل القول في بيع الثمار وفيها حق المساكين أو لاحق فيها والتنبيه كفي يعني أنه إذا باع من في ملكه خمسة أوسق فصاعدا بحيث تجب عليه الزكاة فإن الزكاة تتعلق بالثمرة وبدو الصلاح وبيع المال وفيه حق الزكاة مذكور بأحكامه وتفاصيله في ذلك المكان وذلك بعينه جار هنا لأنه لا فرق في ذلك بين أن يكون البيع بتمر أو بتقد فيجوز إذا أطلقنا هنا المراد من حيث مانحن نتكلم فيه وأما تلك التفاصيل والأحكام فمعلومة في بابها والله أعلم * وقال الرويانى في البحر قل أصحابنا هذا إنما يجوز

وهذا أصح عند صاحب التهذيب والأول عند الإمام وعلى الأول فإذا حلف الوكيل وبرأنا المشتري ثم وجد المشتري عيباً فإن رده على الموكل وغرم الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لاعتراؤه بأن الوكيل لم يأخذ شيئاً وإن رده على الوكيل وغرمه لم يرجع على الموكل والقول قوله مع يمينه في أنه لم يأخذ شيئاً ولا يلزم من تصديقنا الوكيل في الدفع عن نفسه بشئ أنه نثبت بها حقاً على غيره ولو خرج المبيع مستحقاً قال في التهذيب يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لأنه دفعه إليه ولا رجوع له على الموكل لما مر ولو اتفقا على قبض الوكيل الثمن فقال الوكيل دفعته إليك وقال الموكل بل هو باق عندك فهو كما لو اختلفا في رد المال المسلم اليه والظاهر أن القول قول الوكيل ولو قال الموكل قبضت الثمن فادفعه لي وقال الوكيل لم أقبضه بعد فالقول قول الوكيل مع يمينه وليس للموكل طلبه الثمن فهو متعذر بفعله والموكل أن يغرمه قيمة المبيع *

قال ﴿ الثالث ﴾ إذا وكله بقضاء الدين فليشهد فإن قصر ضمن بترك الأشهاد * وكذا قيم اليتيم لا يصدق (و) في دعوى رد المال * قال الله تعالى (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم) * ومن يصدق في الرد إذا طواب بالرد هل له التأخير بقدر الأشهاد وجهان *

ذكر في أول الباب أن نزاع الموكل والوكيل في ثلاثة مواضع (وثالثها) في الوسيط النزاع في القبض وهو ماسبق في الفصل المتقدم على هذا الفصل وههنا جعل الثالث مما يشرع فيه الآن وترتيب الوسيط أحسن لأن أكثر المسائل من هذا الموضع إلى آخر الباب لاتعلق له بالاختلاف وفي الفصل ثلاث صور (أحداها) إذا دفع إليه مالا ووكله بقضاء دينه ثم قال الوكيل دفعته إلى رب

إذا خرص عليه الزكاة وقلنا الخرص تضمين حتى يجوز له التصرف في الجمع قال وهذه المسألة تدل على صحة القول بالتضمنين أو أراد إذا لم يباغ مافي حائط قدرأ تجب فيه الزكاة أو أراد الاقدر الزكاة اذا قلنا الخرص غيره انتهى وهذا يوافق ما أشار اليه الامام وادل هذا التنبيه عن القفل كذلك حكاه عنه تلميذه الفوراني وصاحب العدة ورأيته في كلامه في شرح النخيص وأصله من كلام الشافعي رضي الله عنه فإنه تعرض لذلك في باب صدقة التمر من الام ولا حقله هناك تفريق الصدقة إذا باع تمر حائطه وسكت عن الصدقة وقد تقدم من كلام الشافعي وروايته أن مصدق الحائط أمران يأمر الخارص ان يدع لأهل البيت قدر ما يرام يأكلونه ولا يخرصه لنؤخذ زكاته ومع ذلك فلا حاجة الى هذا الذي قاله هؤلاء الاثمة وتكون تلك العرية إذا فرضت على ما قاله الشافعي لاتتعلق الزكاة بها كما ذكر والله أعلم * لكن قد تقدم أن الأصحاب تناولوا ذلك عن التديم وأن المشهور خلافه أما إذا فرض البيع فيما تعلق حق الزكاة به فلا شك في جريان ما نهوا عليه وهذا الفرع الذي نهى عليه الشافعي

الدين وأنكر رب الدين فالقول قوله مع يمينه لأنه لم يأتين الوكيل حتى يلزمه تصديقه والأصل عدم الدفع فاذا حاف طالب الموكل بحقه وايس له مطالبة الوكيل وهل يقبل قول الوكيل على الموكل فيه قولان (أحدهما) نعم خرجه ابن سريج ويحيى بن أبي حمزة لأن الموكل قد ائتمنه فاشبه به ما إذا ادعى الرد عليه (وأصحها) لا ل لا بد من البينة لأنه أمره بالدفع إلى من لم يأتمنه فكان من حقه الاثهاد عليه فلي الأول يخاف الوكيل وتنقطع مطالبة المالك عنه ولا يغنيه تصديق المدفوع اليه عن البين وعلى الأصح ينظر إن ترك الاثهاد على الدفع فان دفع بحضور الموكل فلا رجوع للموكل عليه في أصح الوجهين وان دفع في غيبته فله الرجوع ولا فرق بين أن يصدق الموكل على الدفع أولاً يصدقته وعن أبي الطيب وجه أنه لا يرجع عند التصديق وان اخلفه فقل الوكيل دفعت بغيرك وأسكر الموكل فالقول قول الموكل مع يمينه وإن كان قد اشهد عليه لكن مات الشهود أوجبوا أو غابوا فلا رجوع وإن كان قد اشهد شاهد واحد أو فاسقين فيه خلاف وكل ذلك على ما ذكرنا في وجوع الضامن على الأصيل فاذا عرفت ذلك اعلمت قوله ضمن بترك الاثهاد وتنزيله على الحالة التي يجب التنزيل عليها ولو أمره بإيداع ماله ففي لزوم الاثهاد وجهان مذكوران في الوديعه (الثانية) إذا قيم اليتيم أو الوصى دفع المال إليه بعد البلوغ فظاهر المذهب أنه لا يقبل قوله بل يحتاج إلى البينة لأن الأصل عدم الدفع وهو لم يأتمنه حتى يكاف تصديقه واحتج له أيضاً بأن الله تعالى قال (فاذا دفعتم إليهم أموالهم فشهدوا بما هم) أمر بلاشهاد ولو كان قوله مقبولاً لما امر لكن يجوز أن يكون الأمر بالاشهاد إرشاداً أو مدحاً إلى التورع عن البين وعن رواية ابن الرزبان وغيره وجه آخر أنه يقبل قوله

من أنه يدع لأهل البيت من حاططهم قدر ما يراهم يأكلونه مستنذاد غريب ثم فيه مباحثة من جهة
ان حق المساكين قبل الخرص هل تعاق بالجميع أولا فان كن الأول فكيف ينقطع بافرد الخارص
من غير أن يفردهم فيما عدا ذلك الا أن يحل على لوثرق بأن اشترى يتصدق به بشره كما
تقدم وان كن الثاني فيكون حقهم في نفقات مبهمة وحيدئذ فهل ولاية اليتيم للمالك التصرف فيها
بالكل رغبة أم لا ان ين ذابا ين بآرن كم لوباع لأر ين من انشياه انى تعلق بها الزكاة والله
أعلم فلا يجوز ولا يخرج على نثر قوله تعالى على الاصح لأجل لابهام وأما اقتضاء كلام الرافعى
لترجيح العدة في ذلك فيما عدا قدر الزكاة فبيد فيجب تأويله وكذلك قال القفال في شرح التلخيص
ما ذكرنا من أن في ذلك دليل يبرر بانه ط أو بالكل فلذلك ان القولان يخرجان على القول الذى يقول
ان الزكاة تجب في الذمة لافى الدين لأن الزكاة اذا وجبت في الذمة فان البيع يكون صحيحا فى جميع
الأربعين فاذا أخذ الساعى منها واحداً كن ذلك عيباً *

مع يمينه لانه أمين (الثالثة) إذا طلب الملك من فى يده المال بارد فقال لأرد إلا بالشهاد ينظر إن
كان ممن يقبل قوله في ارد كماودع والوكيل ففيه وجهان (أشهرهما) وهو الذى أورده العراقيون أنه
ليس له ذلك لان قوله في الرد مقبول فلا حاجة إلى البينة (والثانى) ويرى عن ابن أبى هريرة رحمه
الله أن له الامتناع كيلا يحتاج إلى اليمين فان الأمانة يتجرزون عنها ما أمكنهم وفيه وجه ثالث أنه
إن كان التوفى إلى الاشهاد يورث تأخييراً أو تعويقاً فى التسليم لم يكن له الامتناع وإلا فله ذلك
وان كان ممن لا يقبل قوله كالمغصب فن كن عليه بينة بالأخذ فله الامتناع إلى الاشهاد لانه يحتاج
الى بينة الاداء إن توجهت عليه بينة الأخذ وإن لم تكن عليه بينة بالأخذ فوجهان (أحدهما) عند
صاحب التهذيب أن له أن يمتنع إلى الاشهاد لأن قوله في الرد غير مقبول (والثانى) المنع لانه يمكنه
أن يقول ليس عندى شىء ويخلف عليه هذا ما أورده المشايخ العراقيون والديون فى هذا الحكم كمن
لا يقبل قوله فى رد الاعيان *

قال ﴿ ولبن عليه الحق (ح و ز) أن لا يسلم إلى وكيل المستحق إلا بالشهاد وان اعترف به
وان كان فى يده تركة وأقر لانسان بانه لا وارث سواه لزمه (و) التسليم * ولم يجز له تكليفه شهادة
(و) على أن لا وارث سواه * ولو استترف لشخص بأنه استحق الفأ عن جهة الحوالة ولكن خاف
انكار المحيل فهو مخوف انكار الموكل فعلى وجهين ﴾ *

إذا كن له دين فى ذمة غيره أو عين فى يد غيره فأتى ذلك الغير إنسان وقال أنا وكيل بقبضه فله
حالتان (إحدهما) أن يصدقه فى دعوى الوكالة فله دفعه اليه واذا دفع ثم ظهر المستحق وأنكر

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رحمه الله في الأم ولا بأس أن يشتريها في الموضع من له حائط أي بستان بذلك الموضع لموافقة ثمرتها وفصلها أو قرنها لأن الحلال عام لاخاص الا أن ينخص بجزء لازم وإن حل لصاحب العرية شراؤها حل له هبتها واطعامها وبيعها إذا حازها وما يحل له من المثل في ماله انتهى وهذه الفروع كلها واضحة لاخلاف فيها بين الأصحاب وفي قول الشافعي لموافقة ثمرتها إشارة الى أن الأغراض في البياعات تختلف فلا يحصر الغرض في أن لا يكون لمالك الثمرة أو مثلها عند المشتري بل قد يكون مثلها عنده ويريد ضمها إليه

﴿ فرع ﴾ قال الماوردي رحمه الله إن الخارص هنا يكفي فيه واحد بخلاف الزكاة على رأى والفرق أنه هنا نازل منزلة الكيل عند تعذره ويكفي في الكيل واحد فكذلك هذا وهل يشترط أن يكون غير المتعاقدين أو يكفي أحدهما قال القاضى أبو الطيب في كيفية الخرص أن ينظر المتبايعان إلى النخلة ويحذر أنها وذلك يقتضى الاكتفاء بهما ولا شك في ذلك كما أنهما لو علما المماثلة لا يشترط اخبار

الوكالة فالقول قوله مع يمينه فإذا حلف فإن كان الحق عيناً أخذها فإن تلف فله غريم من شاء منهما ولا رجوع للغارم منهما على الآخر لأنه مظلوم بزعمه والمظلوم لا يؤخذ إلا من ظلمه قال في التتمة هذا إذا تلف من غير تفريط منه فإن تاف بتفريط من القابض فينظر ان غرم المستحق القابض فلا رجوع وإن غرم الدافع فله الرجوع لان القابض وكيل عنده والوكيل يضمن بالتفريط والمستحق ظلمه بأخذ القيمة منه وماله في ذمة القابض فيستوفيه بحقه * وإن كان الحق ديناً فله مطالبة الدافع بحقه وإذا غرمه قال المتولى ان كان المدفوع باقياً فله استرداده وإن صار ذلك للمستحق في زعمه لانه ظلمه بتفريطه وذلك مال له ظفر به وإن كان تالفاً فإن فرط فيه غرم والا فلا وهل للمستحق مطالبة القابض ينظر ان تلف المدفوع عنده فلا لان المال للدافع بزعمه وضمانه له وإن كان باقياً فوجهان عن أبي اسحق أن له مطالبة بتسليمه اليه لانه إنما دفعه اليه ليدفعه الى المستحق فكأنه انتصب وكيلًا في الدفع من جهته وبهذا أجاب الشيخ أبو حامد في التعليق (وقال الاكثرون) لا مطالبة لان الأخذ فضولى بزعمه والمأخوذ ليس حقاً له وإنما هو مال المديون فلا تعاق للمستحق به (فان قلنا) بالاول فأخذه بريء الدافع عن الدين وهل يلزم من عنده الحق دفعه اليه بالتصديق أم له الامتناع الى قيام البينة على الوكالة نص أنه لا يلزمه الا بعد البينة ونص فيما اذا أقر بدين أو عين من تركه انسان أنه مات ووارثه فلان أنه يلزمه الدفع اليه ولا يكتفى بالبينة وللأصحاب طريقان (أحدهما) ونقل عن أبي اسحق أن للمسألتين على قواين في قول يلزم الدفع الى الوكيل والوارث لأنه اعترف باستحقاقه الأخذ فلا يجوز له منع الحق عن المستحق وفيه قول لا يلزمه الدفع الى واحد منهما الا بالبينة (أما) في الصورة الأولى

غيرهما وإنما الكلام ههنا لو خرس أحدهما ولم يخرص الآخر وقال ابن الرفعة فيه احتمال يتخرج على ماله أذن من عليه التسليم بالكيل الى مستحقه في كيله لنفسه هل يصح أم لا قل وفي ظني أنه مر فيه كلام يلتفت على اتحاد القابض والمقبض لأن الكيل أحد أركان القبض صار بكيله مقبضا وقابضا وأما الخرس ههنا فهو اخبار محض كما لو أخبر بمساواة هذه الصبرة لصبرته أو الدينار لدينار قد تقدم أنه يصح لكن تقدم في القبض بناء على ذلك من غير كيل أو وزن كلام وأن الراجح أنه لا يكفي حتى لو تفرقا قبل الكيل بطل العقد وههنا لا يتأتى قبض الرطب ههنا بالتخلية الا ولا يشترط فيه الكيل فظهر أن الخارص يكفي أن يكون واحدا وأنه يجوز أن يكون أحدا للمتعاقدين والله أعلم *

فلاحتمال انكار الموكل (وأما) في الثانية فلاحتمال استناد اقراره بالموت الى ظن خطأ (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب تقرير النصين والفرق حصول اليأس بزعمه عن عود الموت وصيرورة الحق للوارث وعدم اليأس عن انكار الموكل الوكالة وبقاء الحق له (الثانية) أن لا يصدق فلا يكلف الدفع اليه فان دفع ثم حضر الموكل وحلف على نفي الوكالة وغرم كأنه أن يرجع على القابض ديننا كان أو عيننا لأنه لم يعرح بتصديقه وإنما في الامر على ظاهر قوله فاذا تبين خلافه غرم ما غرم ولو أنكر الوكالة أو الحق وكان الوكيل مأذونا في إقامة البينة أو قلنا ان الوكيل بالقبض مطلقا تملك إقامة البينة فله أن يقيم البينة و يأخذ فان لم تكن بينة فهل له التحليف ينبني على أنه اذا صدقه هل يلزمه الدفع اليه (إن قلنا) نعم فله تحليفه فله ان يصدق إذا عرضت اليمين عليه (وان قلنا) لا ينبني على أن النكول ورد اليمين كإقامة البينة من المدعى أو كالأقرار من المدعى عليه (إن قلنا) بالأول فله تحليفه طمعا في أن ينكل فيحلف الوكيل (وان قلنا) بالثاني فلا ولو جاء رجل وقال لمن عليه الدين أحالني عليك فلان فصدقه وقلنا إذا صدق مدعى الوكالة لا يلزمه الدفع اليه فوجهان (أحدهما) أنه لا يلزم أيضا لأنه قد ينكر صاحب الحق كما ينكر صاحب الوكالة (وأصحهما) اللزوم لاعترافه بانتقال الحق اليه كالوارث وينبغي على الوجهين أنه لو كذبه ولم تكن بينة هل له تحليفه إن أزمناه الدفع اليه له تحليفه والا فكما سبق * ولو قال مات فلان وله عندي كذا فهذا وصية فهو كما لو قال هذا وارثه ولو قال مات وقد أوصي به لهذا الرجل فهو كما لو أقر بالحالة وإذا أوجبنا الدفع الى الوارث والوصى أو لم نوجب فدفع ثم بان أن المالك حي ثم غرم الدافع فله الرجوع على المدفوع اليه بخلاف صورة الوكالة لأنه صدقه على الوكالة وانكار صاحب الحق لا يرفع بتصديقه وصدق الوكيل لاحتمال أنه وكاله ثم جحد وهل ههنا بخلافه والحالة التي ذلك كالوكالة (وقوله) في الكتاب ولمن عليه الحق أن لا يسلم الى الوكيل المستحق له الا بالأنهاد كان الأحسن أن يقول الى من يدعى الوكالة عن المستحق وانظرا لاثمه ههنا بعيد عما هو المراد ان أراد

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يباع منه ما زرع نواه بما لم يزرع نواه لأن أحدهما على هيئة الادخار والآخر على غير هيئة الادخار ويتفاضلان حال الادخار فلم يجوز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالتمر وهل يجوز بيع ما زرع نواه بعضه ببعض فيه وجهان (أحدهما) يجوز لقوله ﷺ «لا تبيعوا التمر بالتمر الاسواء بسواء» (والثاني) لا يجوز لأنه يتجافى في السكيات فلا يتحقق فيه التساوى ولأنه يجهل تساويهما في حال السكيات والادخار فأشبهه بيع التمر بالتمر جزافاً ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الحديث المذكور مختصر من حديث عبادة من رواية الشافعي في مختصر المزني وغيره كما قدمته في الفصل الذي جمعت فيه الاحاديث الواردة في تحريم ربا الفصل فليس هذا اللفظ الذي ذكره المصنف بكلامه قطعة منه بل لفظه «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء بسواء» فاختصر المصنف منه هذه اللفظة وذلك

به البينة لأن المفهوم من الاشهاد ما استعمل اللفظ له في المسائل قبل هذا الفصل ويمكن أن يراد اشهاد الوكيل على الموكل (قوله) وان اعترف معلم - بالواو - لما نقلناه من طريقة القولين والحال ان عند أبي حنيفة يجب دفع الدين الى من أقر بوكاته ولا يجب دفع العين وفرق بينهما بانهم في الدين أقر بثبوت المطالبة المدعى الوكالة في ماله وفي العين يقر بما لا يلتفت اليه وبالزاي لأن أبا اسحق الشيرازي وغيره حكوا عن المزني أنه يلزمه تسليم الحق اليه ولم يفرقوا بين الدين والعين (وقوله) في مسألة الوارث لزمه التسليم معلم - بالواو - لما مر *

قال ﴿ ولو ادعى علي الوكيل قبض الثمن فأنكر عليه بينة بالقبض فادعى تلفاً أو رداً قبل الجحود للقبض لم يتمل قوله لأنه خائن ولا بينة (و) لأنه لا نسمع دعواه * واو ادعى بعد الجحود رداً سمع الدعوى (و) ولا يصدق لانه خائن * ولكن نسمع البينة * ولو ادعى الزاب صدق لغيراً من العين ولكمه خائن فيلزمه الضمان ﴾ *

إذا ادعى على انسان أنه دفع اليه متاعاً ليدعيه ويقبض ثمز وطالبه برده أو قال بعتهم وقبضت الثمن فسلمه الى فأنكر ادعى عليه فأقام المدعى بينة على ما ادعاء فادعى المدعى عليه أنه كان قد تلف أو رده فينظر في صيغة جحوده ان تال مالك عندى شيء أو لا يلزمني تسليم شيء اليك قبل قوله في الرد والتلف لأنه اذا كان قد تلف أو رده كان صادقاً في انكاره ولم يكن بين كلاميه تناقض وان أقام عليه بينه سمعت بينة وان كان صيغة جحوده أنك ماوكلتني أو ما دفعت لي شيئاً أو ما قبضت الثمن وهذه صورة مسألة السكيات فينظر ان ادعى التلف أو الرد قبل أن يحدد لم يصدق لأنه مناقض

جائز عند من يجوز الرواية بالمعنى لاسيما في مثل هذا الموضع الذي يقصد به الاستدلال دون الرواية فانه يغتفر ذلك * (أما) حكم المسألة فقد سوى الشيخ أبو حامد بين المسألتين وجعل الوجهين مطلقا سواء أباغ ما نزع منه النوى بما لم ينزع منه أم بمثله كذلك فيما علقه البندنيجي عنه وفيما علقه سليم حكي الوجهين في المسألة الاولى وسكت عن الثانية و يعلم جريانها فيها بطريق والحاملي ونصر المقدسي حكيا الوجهين في المسألتين أيضا وجزم البغوى في المسألتين بالمنع وكذلك الامام جزم بالمنع ثم حكى أن العراقيين ذكروا وجها في المنزوع بالمنزوع فاستبعدوا جدا قال ثم جاءوا بما هو أبعد منه وذكروا خلافا في بيع تمر منزوع النوى بتمر غير منزوع النوى وهذا ساقط لا يحتفل بمثله قال الفارقي تلميذ المصنف رحمه الله معنى قوله يتفاضلان حال الادخار أنهما قبل نزع النوى اذا كيلا متساويين ثم نزع النوى من أحدهما وكيلا ظهر التفاضل لأنه تنتفش أجزاؤه بالنزع وتتجافى في المسكيات *

لقوله الأول ولزمه الضمان وان أقام بينة على ما ادعاه فوجهان (أولاهما) أنها تسمع لأنه لو صدقه المدعى لسقط عنه الضمان فكذلك اذا قامت الحجة عليه وأيضا فلما يذكر في الودیعة (والثاني) وهو الأظهر عند الأمام وهو الذي أورده في الكتاب أنها لا تسمع لأن جحوده الأول كذب هذه البينة وعلل في الكتاب عدم سماع البينة بعدم سماع الدعوى ونجى فيه نحو الأمام فانه قال كل بينة تقام فان قيامها يستدعى دعوى من يقيمها فان فسدت الدعوى استقلت البينة وهي غير مسموعة من غير دعوى لكن من يقول بسماع الدعوى كيف يسلم عدم سماع الدعوى اذ الدعوى قد تسمع بمجرد تحليف الخصم لما سبق في باب الرهن وقبله وان ادعى الرد بعد الجحود لم يصدقه لصيرورته خائنا لكن لو أقام بينة فالشهور في هذا الباب أنها تسمع ورأى الأمام رحمه الله تعالى أن يكون سماع البينة على الوجهين السابقين لتناقض دعوى الرد والجحود وهو حسن موافق لما ذكرناه في باب الودیعة وان ادعى التلف بعد الجحود صدق بيمينه لتقطع عنه المطالبة برد العين ولكن يلزمه الضمان لخياطته وهذا كما اذا ادعى الغاصب التلف *

﴿ فرع ﴾ لو قال بع هذا ثم هذا لزمه رعاية الترتيب قاله القفال ولو جعل للوكيل بالبيع جعلاً فباع استحقه وان تلف الثمن في يده لأن استحقاقه بالعمل وقد عمل واذا ادعى خيانة عليه لم تسمع حتى يتبين القدر الذي خان به بأن يقول بعث بعشرة وما دفعت الى الا خمسة واذا وكل بقبض دين أو استرداد ودیعة فقال المديون أو المودع دفعت وصدقه الموكل والوكيل منكر هل يغرم الدافع بترك الأشهاد فيه وجهان كما لو ترك الوكيل بقضاء الدين الاشهاد ومن قل أنا وكيل في بيع أو نكاح وصدقه من يعامله صح العقد فلو قال الوكيل بعد العقد لم أكن مأذونا فيه لم يلغى

﴿ فرع ﴾ الشمس والموخ ونحوهما لا يبطل كما لها نزع النوى فى اصح الوجهين لأن الغالب فى تجفيفها نزع النوى قاله الرافعى وصاحب التهذيب وكلام الفورانى يقتضى أن الوجهين فيها تفريع على منع بيع الثمر المنزوع النوى بعضه ببعض فانه قاس المنع فى ذلك على الثمرة ومن ذلك يعلم أن الخلاف قريب ان جوزنا فى الثمر المنزوع النوى فهذا أولى والا فوجهان وكذلك أورده يعقوب بن عبد الرحمن بن أبى عصرون فيما جمع من المسائل وللفرق بما ذكره الرافعى وفرق فى الابانة بأن الثمر

الى قوله ولم يحكم بطلان العقد وكذا لو صدقه المشتري بحق من يוכל عنه الا أن يقيم المشتري بينة على اقراره بانه لم يكن مأذونا من جهته فى ذلك التصرف والله أعلم *

❦ كتاب الاقرار ❦ وفيه أربعة أبواب ❦

❦ الباب الأول فى أركانه ❦

وهى أربعة (الركن الاول) المقر وهو ينقسم إلى مطلق ومجور * فالمطلق ينفذ إقراره بكل ما يقدر على انشائه * والمجور عليه سبعة أشخاص * الصبي وإقراره مسلوب مطلقاً * نعم لو ادعى أنه بالغ بالاحتلام فى وقت إمكانه يصدق ادلا يمكن معرفته الا من جهته * ولو ادعى البلوغ بالسنة طولب بالبينة * والمجنون وهو مسلوب القول مطلقاً * والسكران وهو ملتحق بالمجنون أو الصاحي فيه خلاف مشهور والمبذر والفلس وقد ذكرنا حكمهما *

الاقرار أصله الاثبات من قولك قر الشئ، يقر وقررتة اذا أقر به القرار ولم يسم ما يدوغ فيه إقراراً من حيث إنه افتتاح اثبات ولكن لأنه اخبار عن ثبوت ووجوب سابق والأصل فيه من حيث الكتاب قوله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم) قال المفسرون شهادة المرء على نفسه إقراره وعن رسول الله ﷺ أنه قال « قولوا الحق ولو على أنفسكم »^(١) ولا شك أن فى الاقرار

❦ كتاب الاقرار ❦

(١) ﴿ حديث ﴾ قولوا الحق ولو على أنفسكم رويناه فى جزء من حديث أبى على بن شاذان عن أبى عمرو بن السماك من حديث على بن الحسين بن على عن جده على بن أبى طالب قال ضمنت الى سلاح النبى صلى الله عليه وسلم فوجدت فى قائم سيفه رقعة فيها صل من قطعك وأحسن إلى من أساء إليك وقل الحق ولو على نفسك قال ابن الرنعة فى المطاب ليس فيه إلا الانتطاع إلا أنه يتوى بالآية وفيما قال نظر لأن فى اسناده الحسين بن زيد بن على وقد ضعفه ابن الدبني وغيره وروى أحمد والطبراني وابن حبان فى صحيحه من حديث عبد الله بن الصامت عن أبى ذر قال قال أوصانى خليلي صلى الله عليه وسلم بخصال من الخير فذكرها وفيها وأوصانى أن أقول الحق وإن كان مرا *

إذا نزع نواه تسارع اليه الفساد وذكر الامام أن شيخه ذكر عن بعض الأصحاب وجهاً بعيداً في اشتراط نزع النوى كما يشترط نزع العظم عن اللحم في ظاهر المذهب وقال إنه لم ير ذلك لغير شيخه وقال الامام إن المراتب ثلاثة التمر نزع نواه يمنع بيعه واللحم في ظاهر المذهب يتعين نزع عظمه إذا حاولنا بيع بعضه ببعض وبينهما المشمش وما في معناه فيجوز بيع بعضه ببعض مع النوى وفيه مع النزع الخلاف المذكور (قلت) فتحصلنا في المشمش ونحوه طي ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يشترط نزع النوى (الثاني) أنه يفسد بنزع النوى (والثالث) وهو الصحيح أنه يجوز بيع بعضه ببعض في الحالتين مع النوى ومن غير نوى قال الروياني إن الجواز قول القفال وقد تقدم في كلام الرافعي أنه الأصح * ويجوز بيع لب الجوز بلب الجوز ولب اللوز بلب اللوز وفيه وجه جزم به القاضي حسين في التعليق أنه لا يجوز بيع اللب باللب لخروجه عن حالة الادخار وبهذا أجاب في التتمة قاله الرافعي وهو ربوي قولاً واحداً قديماً وجديداً للتقدير والطعم قاله الامام وقد تقدم أنه ويجوز بيع الجوز بالجوز مع قشره على المذهب وكذلك اللوز * قال المصنف رحمه الله *

﴿ ولا يجوز بيع نيه بمطبوخه لان النار تعقد أجزائه وتسجنه فان بيع كيلا لم يحز لأهملًا يتساويان في الكيل في حال الادخار وان بيع وزنا لم يحز لان أصله الكيل فلا يجوز بيعه وزناً ولا يجوز بيع مطبوخه بمطبوخه لان النار قد تعقد من أجزاء أحدهما أكثر من الآخر فيجهل التساوي ﴾ (الشرح) فيه مسألتان (إحدهما) أن ما حرم فيه الربا لا يجوز بيع الجنس الواحد به بمطبوخه

مقرراً ومقرراً به وصيغة تترتب عليها المؤاخذه وهذه الأمور سماها في الكتاب أركاناً له ثم المقر به قد يكون مالاً وقد يكون غيره وعلى التقديرين فأما أن يعقب الاقرار بما يرفعه أو لا يعقب وإذا لم يكن المقر به مالاً قد يكون عقوبة من قصاص أو حد وقد يكون نسباً أو غيره فجعل أبواب الكتاب أربعة (الاول) في الاركان (والثاني) في الاقارير المجملة (والثالث) في تعقب الاقرار بما يرفعه (والرابع) في الاقرار بالنسب وأما ما عدا النسب فما يقع في قسم ما عدا المال فلم يورده قدما لأصحاب في هذا الباب فنجرى على أمثالهم (الركن الاول) من الباب الاول للمقر وهو إما مطلق أو محجور أما المطلق وهو المنفك عن أنواع الحجر فاقارره صحيح (وقوله) ينفذ اقراره بكل ما تقرر على أسبابه كالدخيل في هذا الركن فان الكلام فيه في المقر وهذا لا يضبط المقر به والضبط ما ينفذ اقرار المقر فيه على أنه يحتاج الى استثناء صور أقر بها بناء على أن الوكيل اذا قل تصرفت كما أذنت لي فقال الموكل لم تصرف لم يقبل قول الوكيل على أحد القولين مع قدرته على الانشاء وكذا لو قال استوفيت ما أمرتني باستيفائه ونازعه الموكل (ومنها) أن انشاء نكاح المنت الى وليها فاقارره غير مقبول ويمكن أن يزداد فيه فيقال ينفذ اقرار

قال الشافعي رضي الله عنه في المختصر والأم لا يجوز من الجنس الواحد مطبوخاً بني، منه بحال قال في المختصر اذا كان انما يدخر مطبوخاً وقال في الأم لانه اذا كان انما يدخر مطبوخاً فأعطيت منه شيئاً بمطبوخ فالنبي إذا طبخ ينقص فيدخل فيه النقصان في النبي ومن أمثلة ذلك أن يدع العنب أو العصير بالدبس المتخذ منه وكذلك التمر بالدبس المتخذ منه لا يجوز فانه الصيمري والقاضي حسين واتفق الأصحاب على أن النبي أو القديد بالمطبوخ أو بالمشوى لا يجوز ولا فرق بين أن يكون المطبوخ مما يدخر أو ما لا يدخر (وأما قوله في المختصر اذا كان انما يدخر مطبوخاً فالقاضي حسين إنه خطأ في النقل بل لا يختلف الحكم فيه وقال القاضي الروياني قبل عبارة الشافعي ولا يجوز من الجنس الواحد مطبوخاً منه بني، بحال ولا مطبوخ طبخ ليدخر مطبوخاً فنقل الزني هذا وقدم بعض كلام وآخر بعضه وعطف على المسألة الأولى وقيل معني ما نقل المرني وان كان انما يدخر مطبوخاً وهو قول ابن داود وقصد به بيان أن هذا ليس بمذر (قلت) وقد علمت أن ما نقله المرني موجود مثله في الأم في تعليل الشافعي فالوجه تأويل ذلك

الانسان في التصرفات المتعلقة به التي يستعمل بأسبابها أو يقال ما يقدر على أسبابه وبؤاخذ المقرر بموجب الاقرار به ولا يلزم نفوذه في حق الغير فتخرج المسائل (وأما) المحجور فقد ذكرنا في كتاب الحجر أقسامه فمنها حجر الصبي وأقاريره لاغية خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى حيث قال ان كان ميمراً مأذوناً من جهة الولي صح اقراره كتصرفاته ولنا قول في صحة تدييره ووصيته فعلى ذلك القول يصح اقراره بها ولو ادعي أنه بلغ بالاحتلام أو ادعت الجارية البلوغ بالحيض في وقت امكانها وقد سبق بيانه صدقا وان فرض ذلك في خصومة لم يحلفها لأنه لا يعرف ذلك الا من جهتهما فأشبه ما اذا علق العتق على مشيئة الغير فقال شئت يصدق من غير يمين وأيضاً فانهما ان صدقا فلا تحليف وان كذبا فكيف يحلفان واعتقاد المكذب أنهما صغيران وقرب الامام رحمه الله تعالى المسألة من الدائرات الفقهية فان في تحليفه تصديق الصبي وبتصديق الصبي لا يحلف فاداً لو حلف لما حلف هذا ما نقله صاحب الكتاب وشيخه وبه قال أبو زيد وعلى هذا فاذا بلغ مبالغاً تيقن بلوغه فل الامام رحمه الله تعالى انه لا يحلف أيضاً على أنه كاذب بالغا حينئذ لانا اذا حكمنا بموجب قوله فقد أنهينا الخصومة نهايتها فلا عود الى تحليفه وفي التهذيب وغيره أنه اذا جاء واحد من الغزاة يطالب سهم المقاتلة وذكر أنه احتلم حلف واخذ السهم فان لم يحلف فوجهان عن صاحب التناخيص تحريراً انه لا يعطى وقال غيره يعطى لان الظاهر استحقاقه بحضور الواقعة ولو ادعى البلوغ بالسن طولب بالبينة لامكانها نعم لو كان غريباً خامل الذكر فيلحق بدعوى الاحتلام أو يطالب بالبينة لامكانها من حيث المدعى وينظر في الاثبات لتعذر معرفة التاريخ كما في صبيان الكفار فيه ثلاثة احتمالات الامام رحمه الله تعالى (والظاهر) الثاني لانه اذا أمكن

وعدم حمله على الخطأ من الزنى وتأويله عسر بل هو قوى الدلالة على أن ما يدخر في حال كونه نيتاً وفي حال كونه مطبوخاً يجوز بيع النوى منه بالمطبوخ والتأويل الذى نقله الرواينى هو أقرب ما يتمحل مع تكلف وقال أبو حنيفة رضى الله عنه يجوز ذلك على أصله فى بيع الرطب بالتمر ولذلك والله أعلم عدل المصنف عن قياسه على الرطب بالتمر لأن الخضم يمنع الحكم فيه الى ما ذكره والشيخ أبو حامد قاسه على الحنطة بدقيقتها والجامع أنهما على صفة يتفاضلا حالة الادخار ومن جملة أمثلة هذه المسألة بيع الدبس المتخذ من العنب بخل العنب وهو ممتنع قال وحكى فى التتمة والبحر وجه أنه يجوز بيع الدبس بالخل لانهما اختلفا فى الاسم والصورة والطبع قال المتولى وعلى هذا لا تعتبر المماثلة بينهما وهذا الذى حكيناه موافق للوجه الذى سياتى عن حكاية الشيخ أبى محمد فى أن عصير العنب وخله جنسان ومال اليه الامام هناك وسيأتى الكلام عليه ان شاء الله تعالى (المسألة الثانية) بيع مطبوخه بمطبوخه وقد نص عليه الشافعى أيضاً فى المختصر قال تلو الكلام المتقدم ولا مطبوخاً منه بمطبوخ لان النار تنقص من بعض أكثر مما تنقص من بعض وليس له غاية ينتهى اليها كما يكون للتمر فى اليبس غاية ينتهى اليها وقال معنى

اقامة البينة كلف اقامتها ولم ينظر الى حال المدعى وعجزه هذا فقه المسألة وانظر الكتاب يشعر بأنه عد دعوى الاحتلام اقراراً فان قوله نعم لو ادعى أنه بلغ بالاحتلام اقراراً كالاستدراك لقوله قبله واقاره مسلوب مطلقاً لكن عدّها اقرار بعيد فان المفهوم من الاقرار الاخبار عن ثبوت حق عليه لا غير ونفس البلوغ ليس كذلك ولهذا يطالب مدعى البلوغ باسنى بالبينة واختلفوا فى تحليف مدعى البلوغ بالاحتلام والمقر لا يكلف البينة ولا اليمين نعم لو قال أنا بالغ فقد اعترف بثبوت الحقوق المنوطة بالبلوغ فهو من هذا الوجه يكون متضمناً للاقرار لا أن نفسه اقرار وبتقدير كونه اقراراً فليس ذلك كقرار الدبى بأنه إذا قال أنا بالغ يحكم ببلوغه سابقاً على قوله فلا يكون اقراره اقرار الدبى حتى يحتاج الى الاستدراك (ومنها) حجر المجنون وهو مسلوب القول أيضاً بلا استثناء والسكران بين الصاحي والمجنون فبأيهما يلحق فى اقراره وتصرفاته فيه طرق للأصحاب تبسط فى كتاب الطلاق (ومنها) حجر المبذرو المفسس وقد بينا حكم اقرارهما فى بابهما ما يقبل اقرار المفسس المحجور عليه فى النكاح دون السفه المحجور اعتباراً للاقرار بالإنشاء قال الامام رحمه الله تعالى واقرار السفهية بأنها منكوبة فلان كقرار الرشيدة اذ لا أثر للسفه فى النكاح من جانب المرأة (قال) وفيه احتمال من جهة ضعف قولها وخبل عقلها والعلم عند الله *

قال ﴿والرقيق واقاره مقبول بما يوجب عليه عقوبة﴾ ولو أقر بسرقة مال ووجب عليه القطع ففى قبوله فى وجوب المال قولان * ولو أقر باتلاف مال وكذبه السيد لم يتعلق برقبته بل يطالب به بعد العتق * ولو كان مأذوناً فأقر بدين معاملة قبل وأدى من كسبه * ولو لم يستند الى معاملة بل

ذلك في الام في باب ما يجمع التمر وما يخالفه مقصوده بذلك الفرق بين ذلك وبين التمر حيث يجوز بيع بعضه ببعض وان كانت الشمس قد أخذت من أحدهما ومنهما فربما يكون أخذها من أحدهما أكثر من أخذها من الآخر لكن له غاية في اليبس ينتهي اليها والمطبوخ بخلافه وذكر الاصحاب فرقا آخر بين العصير المطبوخ وبين التمر فان التمر قبل أن يصير تمرأ لا يجوز بيع بعضه ببعض والرب أو الدبس مثلاً يجوز بيعه قبل هذه الحالة في كونه عصيراً فجرت حالة العصير بعد الطبخ لحالة التمر وهو رطب فلا يجوز الدبس بالدبس قال القاضي حسين وان طبخا في قدر واحد ومن جزمهاتين المسألتين كما ذكره اصنف الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي والقاضي حسين وآخرون وفي معنى الدبس عصير قصب السكر اذا عقد وصار عسلاً وكذلك ماء الرطب وعصير الرمان والسفرجل والتفاح * ﴿ فرع ﴾ قال ابن أبي الدم بيع الطلى بالدبس لا يجوز والطلاء أرق من الدبس وبيع الطلى

أطلق في القبول خلاف * ولو أقر بعد الحجر بدين أسنده الى حال الاذن فالظاهر رده لأنه في الحال عاجز عن انشائه * ﴿

أحد المحجورين الرقيق واذا أقر اما أن يقر بما يوجب عليه عقوبة أو بنسيره (اما) القسم الأول كالاقرار بالزنا وشرب الخمر والسرقه والقذف وما يوجب القصاص في النفس والطرف فذلك مقبول ويقام عليه موجب ما أقر به خلافاً لأحمد والشافعي حيث قال لا يقبل اقراره على نفسه بالعقوبات لأنه ملك السيد والاقرار في ملك الغير لا يقبل ويروى عن احمد أنه لا يقبل اقراره بما يوجب القتل ويقبل بما يوجب سائر العقوبات * لنا ما روى ^(١) أن علياً رضي الله عنه قطع عبداً باقراره وأيضاً فانه لو طهر الحال بالدينه لأقيمت عليه العقوبات فاذا طهر بالاقرار كان أولى لأنه أبعد عن التهمة فان كل نفس مجبولة على حب الحياة والاحتراز عن الألم واذا أقر بسرقة توجب القطع قبل في القطع وفي قبوله في المال قولان اذا كان المقر بسرقة تالفاً (أحدهما) أنه يقبل ويتعاق الضمان بركبته لأن اقراره لما تضمن عقوبة القطع انقطعت التهمة عنه (وأصحهما) أنه لا يقبل كما لو أقر بمال ويتعاق الضمان بذمته اما أن يصدقه السيد فيقبل وان كان المقر بسرقة باقياً نظراً ان كان في يد السيد لم ينزع من يده الا بتصديقه كما لو أقر حر بسرقة ودفعه اليه وإن كان في يد العبد نظراً بيقان عن ابن سريج أن في انتزاعه القولين في التالف (فان قلنا) لا تنزع ثبت بدله في ذمته ويروى هذا عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ومالك رحمه الله تعالى ويروى عنهما أنه لا يوجب القطع أيضاً والحالة هذه ومن الأصحاب من قطع بنفي القبول في المال كما لو كان في يد السيد لأن يده يد السيد ويخالف مالو كان تالفاً

(١) حديث (أن علياً قطع عبداً باقراره ينظر فيه *)

بمثله فيه وجهان وبيع الخل بالدبس فيه وجهان وبيع العصير بالخل ولأما فيه وجهان قال الماوردي ولا يجوز بيع الزيت المطبوخ بالنىء ولا بالمطبوخ ويجوز بيعه بالمشوى والنىء والمطبوخ وكذلك لا يجوز بيع المشوى بالمشوى ولا المطبوخ بالمشوى ومن صرح به القاضى أبو الطيب و^(١) والرافعى وجزموا به ولا يجوز بيع الناطف بالناطف ولا الحنطة المقلية بالحنطة المقلية ولا بغير المقلية لتغيرها عن هيئتها واختلاف الحبات فى اليابس بالنار وكذلك لا يجوز الحنطة المطبوخة بالمطبوخة والاشوية بالمشوية والمقلية بالمبلولة والمبلولة بالمشوية وأما بيع المبلولة بالمبلولة فإنه يمنع لكنه ليس على مسائل هذا الفصل وقد تقدم فى بيع الرطب بالرطب صرح بجميع الامثلة للقاضى حسين وغيره وأكثر مسائل هذا الفصل لاختلاف فيها على ما يقتضيه إطلاق أكثر الاصحاب إلا الدبس ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو المشهور الذى ادعى الامام اتفاق الاصحاب عليه أنه لا يجوز مطلقاً وان طبخا فى قدر واحد على ما صرح به القاضى حسين (والثانى) حكاه القاضى حسين أنه ان طبخا فى قدر واحد جاز وأبطله القاضى بأن ما فى أسفل القدر أسخن مما فى أعلاه لكثرة

(١) يياض بالأصل

لأن غاية ما فى الباب فوات رقبته على السيد اذا بيع فى الضمان والأعيان التى تفوت عليه لو قبلنا اقراره منها لا ينضبط فيعظم ضرر السيد ومنهم من عكس وقال ان كان المال باقياً فى يد العبد قبل اقراره بناء على ظاهر اليد وان كان تالفاً لم يقبل لان الضمان حينئذ يتعاق بالرقبة وهو محكوم به السيد واذا اختصرت قلت فى قبول اقراره بالمال أربعة أقوال يقبل مطلقاً لا يقبل مطلقاً يقبل اذا كان المال باقياً يقبل اذا كان المال تالفاً وقد أوردتها صاحب السكتاب مجموعة هكذا فى السرقة واقتصرهنا على القولين الأولين * ولو أقر ثم رجع عن الاقرار كان كما لو أقر بسرقة لا توجب القطع واو أقر بالقصاص على نفسه فعفى المستحق على مال أو عفى مطلقاً وقلنا انه يوجب للمال فوجهان (أحدهما) عند صاحب التهذيب أنه يتعلق برقبته وان كذبه السيد لأنه إنما أقر بالعقوبة والمال يؤخذ بالعفو ولا ينظر احتمال أنه وإطاه المستحق على أن يقر ويعفو المستحق لتفوت الرقبة على السيد لأن هذه التهمة ضعيفة إذ المستحق ربما يموت أو لا يفى فيكون المقر مخاطراً بنفسه (والثانى) أن الجواب هكذا ان قلنا موجب العمد القصاص (أما) اذا قلنا موجب أحد الأمرين ففي ثبوت المال قولان بناء على الخلاف فى ثبوت المال اذا أقر بالسرقة الموجبة للقطع وينسب هذا الى صاحب الانصاح (وأما القسم الثانى) فاذا أقر بدين خيانة من جهة غضب أو سرقة لا توجب القطع أو اتلاف فصدقه السيد يتعلق برقبته كما لو فامت عليه بينة فيباع فيه إلا أن يختار السيد الفداء واذا بيع فيه وفى شيء من الدين فهل يتبع به اذا عتق فيه قولان مذكوران فى الجنائيات وان كذبه السيد لم يتعلق برقبته ولكن يتعلق بذمته يتبع به اذا عتق ولا يخرج على الخلاف فيما اذا بيع فى الدين وفى شيء لانه اذا ثبت التعاق

مماسه النار (والوجه الثالث) حكاها الرافعي الجوز وكلامه يقتضى أنه مطلقا لا مكان ادخاره والذي عليه التعويل في تعليل المنع مطلقا ان العصير كامل واذا نظرنا الى مقدار من الدبس مقابله مثله فلا يدري كم فى أحدهما من أجزاء العصير وكم فى الدبس منه فكان كالدقيق بالدقيق نظرا الى توقع تفاوت فى كمال سبق للحب قال ولو قيل قد يخالف مكيال من الدبس مكيالا فى الوزن لتفاوت فى التقيد لكان كذلك لكن لامعول عليه فان المعقديبايع وزنا بالتعويل على ما قدمته من ملاحظة كمال العصير لأمكان ادخاره ولتأثير مأخذ بعض العصير ليصير دبسا وقدر المأخوذ يختلف ومن فروع ما دخلته النار الحنطة المقلوة بمثلها وبالنيسة والزيت الأعلى بمثله وبالنبي كل ذلك لا يجوز *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

وختلف أصحابنا فى بيع العسل المصفى بالنار بعضه ببعض فمنهم من قال لا يجوز لأن النار تعقد أجزائه فلا يعلم تساويهما ومنهم من قال يجوز وهو المذهب لأن نار التصفية نار لينة لا تعقد الأجزاء

فى الذمة فكان الحق الحصر فيها وتعينت محلا للاداء وفى النهاية أن القياسيين خرجوه على ذلك الخلاف وقالوا الفاضل عن قدر الدين غير متعلق بالرقبة كما أن أصل الحق غير متعلق بها ههنا * ولو أقر بدين معاملة نظر ان لم يكن مأذونا له فى التجارة فلا يقبل اقراره على السيد ويتعلق المقر به بذمته يتسع به اذا عتق ولا فرق فيه بين أن يصدقه السيد أو يكذبه وان كان مأذونا له فى التجارة قبل وأدى من كسبه وما فى يده الا اذا كان مما لا يتعلق بالتجارة كالقرض فلو أطلق المأذون الاقرار بالدين ولم يبين جهته فينزل على جهة دين المعاملة أو لا ينزل على ذلك لاحتمال أنه أراد دين الائتلاف فيه وجهان (وأظهرهما) الثانى ولا فرق فى دين الائتلاف بين المأذون وغيره ولو أقر عليه فأقر بعد الحجر بدين معاملة أسنده الى حال الاذن ففيه وجهان مبنيان على القولين فيما لو أقر المفلس بدين لزمه قبل الحجر هل يقبل فى مزاحمته الغرماء (والظاهر) ههنا المنع لعجزه عن الانشاء فى الحال ويمكن التهمة * واذا عرفت ما ذكرناه لم تحف عليك الموضع التى ينبغى أن تعلم بعلامات الاختلاف ورأى الامام رحمه تعالى أن يخرج وجوب القطع فى مسألة الاقرار بالسرقة اذا لم تقبله فى المال على الخلاف فيما اذا أقر الحر بسرقة مال زيد هل يقطع قبل مراجعة زيد وذلك لارتباط كل واحد منهما بالآخر وعلى هذا يجوز اعلام قوله ووجب عليه القطع - بالواو - *

﴿ فرع ﴾ قال فى التهمة من نصفه حر ونصفه رقيق إذا أقر بدين جنائية لم يقبل فيما يتعلق بالسيد إلا أن يصدقه ويقبل فى نصفه وعليه قضاؤه مما فى يده وان أقر بدين معاملة فتى صححنا تصرفه قبلنا اقراره عليه وقضيناؤه مما فى يده ومتى لم نصحه فإقراره كإقرار العبد *

وأما تميزه من الشمع فصار كالعسل المصفى بالشمس * ﴿

﴿ الشرح ﴾ العسل اذا أطاقه فالمراد به عسل النحل لا غير فكل ما يتخذ من تمر أو قصب أو حب جنس آخر يجوز بيعه بعسل النحل متماثلاً ومتفاضلاً قال ابن سيده العسل لعاب النحل يذكر ويؤنث الواحدة عسلة وجمعه اعسال وعسل وعسول وعسلان اذا أردت أنواعه قال الشافعي رحمه الله في المختصر تلوا الكلام السابق ولا يباع عسل نحل بعسل نحل الا محضين من الشمع لأنهما لو بيعا وزنا وفي أحدهما شمع وهو غير العسل كان العسل بالعسل غير معلوم وكذلك لو بيعا كيلاً وكذلك ذكر في الأم وقال وكذلك لو باعه وفي كل واحد منهما شمع وقال الشافعي في الأم فعسل النحل المنفرد بالاسم دون ماسواه من الحلو وقال فلا بأس بالعسل بعصير قصب السكر لأنه لا يسمى عسلاً الا على ما وصفت يعني من جهة كونه حلواً كالعسل وكذلك قال الشيخ أبو حامد في عسل الطبرزد وقال وهو ما يتيقن من السكر نخبياً كالعكر فيجوز بيعه بعسل النحل متفاضلاً وقال القاضي أبو الطيب

﴿ فرع ﴾ اقرار السيد على عبده بما يوجب عقوبته مردود وبدن الجناية مقبول الا أنه اذا بيع منه شيء وبقي شيء لم يتبع به بعد العتق الا أن نصدقه وكذا اقراره بدین المعاملة لا يقبل على العبد *

قال ﴿ والمريض وهو غير محجور عليه عن الاقرار في حق الأجانب ﴾ وفي حق الوارث أيضاً على الصحيح * وقيل فيه قولان * ولو أقر بأنه كان وهب من الوارث في الصحة فالظاهر أنه لا يقبل اعجزه عن الانشاء في الحال * ولو أقر بدین مستغرق فمات وأقر وارثه عليه بدین مستغرق فيتراحمان أو يقدم اقرار المورث لوقوع اقرار الوارث بعد الحجر فيه قولان * ولو أقر بعين ماله في المرض لشخص ثم أقر بدین مستغرق سلم العين للأول ولا شيء للثاني لأنه مات مفزلاً * وان أقر الاقرار بالعين فكمثل * وفيه وجه آخر أنه اذا تأخر يتزاحمان * ﴿

ومن المحجورين المريض بمرض الموت وفي اقراره مسألتان (أحدهما) يصح اقراره بالنكاح بموجبات العقوبات وكذا لو أقر بدین أو عين لأجنبي وفي اقراره للوارث طريقتان (أحدهما) أنه على التولين (أحدهما) أنه لا يقبل وبه قال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله لأنه موضع التهمة لتعبد حرمان بعض الورثة فاشبه الوصية للوارث (وأصحها) القبول كما لو أقر في حال الصحة والظاهر أنه لا يقر الا عن حقيقة ولا يقصد حرماناً فإنه انتهى الى حال يصدق فيها الكاذب ويتوب الفاجر (والثاني) القطع بالقبول وحمل قول الشافعي رضي الله عنه فيمن أجاز الاقرار لوارث اجازته ومن أبي رده على حكاية مذهب الغير وهذه الطريقة أصح عند صاحب الكتاب والأكثر رجحوا

عسل الطبرزد ان يطبخ السكر ثم يطرح في اجانة فاذا جمد أميلت الأجانة على جانبها فخرج منها العسل فيجوز بيعه بعسل النحل مفاضلا ولا يجوز بيع عسل الطبرزد بعسل القصب متفاضلا لأهمها جنس واحد وهل يجوز تماثلا فيه وجهان لأجل الطبخ كما في السكر بالسكر حكاهما القاضي أبو الطيب وغيره ووجه الجواز أن ناره خفيفة وحمل القول في بيع العسل النحل بعضه ببعض انه ما أن يباع بشمعه أولا فان بيع شمعه فلا يجوز بمثله ولا بالصافي وقد تقدم ذلك في قاعدة مدعوجة وتقدم الفرق بينه وبين اللحم وفيه العظم وبين التمر وفيه النوى من وجهين أن بقاء ذلك من مصلحته بخلاف الشمع (والثاني) أن الشمع له قيمة وان بيع العسل المصنفي بمثله فاما أن تكون التصفية بالشمس أو بالنار فان صفي بالشمس فان ترك فيها حتى ذاب وتميز الشمع من العسل جاز بيع بعضه ببعض قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي وغيرهم ولا خلاف في ذلك وان صفي بالنار فاما أن تكون النار كثيرة بحيث تأخذ منه وينتقد بها واما أن تكون خفيفة بحيث يحميها بها ويصفيه من غير كثرة فان كانت كثيرة أترك حتى انعقدت

طريقة القوانين وتقلوا عن الاملاء نصه علي المنع وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه رجع اليها بعد ما كان يقول بطريق القطع بالقبول وقال مالك رحمه الله ان كان المقر منهما لم يقبل اقراره والا قبل ويجهتد الحاكم فيه واختاره القاضي الروياني لفساد الزمان •

(التفريع) ان قلنا لا يقبل فالاعتبار في كونه وارثا بحال الموت أم بحال الاقرار قيل فيه وجهان وقيل قولان (الجديد) أن الاعتبار بحال الموت كما في الوصية وهذا لان المنع من القبول كونه وارثا والوراثة تتعلق بحالة الموت وهذا قال أبو حامد (والقديم) وبه قال مالك رحمه الله الاعتبار بحال الاقرار لان التهمة حينئذ تمكن (والاول) أظهر في المذهب وأشهر (والثاني) قال أبو اسحق واختاره القاضي الروياني فعلى الاول لو أقر زوجته ثم أبانها أو لاخته ثم ولد له ابن صحح الاقرار ولو أقر لاجنبية ثم نكحها أو لاخته واه ابن فمات لا يصح وعلي الثاني الحكم فيهما بالعكس ولو أقر في المرض انه كان قد وهب من وارثه وأقبض في الصحة أشار الامام رحمه الله الى طريقتين (أحدهما) القطع بالمنع لذكره ماهو عاجز عن انشائه في الحال (والثاني) أنه على القولين في الاقرار للوارث ورجح صاحب الكتاب ههنا عدم القبول واختار القاضي الحسين القبول لانه قد يكون صادقا فيه فليكن ذلك له طريق الى ائصال الحق الى المستحق ولو أقر لوارثه ولاجنبي معاهل يصح في نصفه للاجنبي اذا لم يقبل فيه قولان لابن سريج الظاهر الصحة (المسألة الثانية) أقر في صحته بدين لانيان وفي مرضه بدين لآخر فهما سواء كما لو ثبتا بالبينة وكما اذا أقر بهما في الصحة أو المرض وقال أبو حنيفة رحمه الله يقدم ما أقر به في الصحة حتى لو لم يفضل عنه شيء فلا شيء له ولو أقر في صحته أو مرضه بدين ثم مات

أجزاءه ونحن لم يحز بيع بعضه ببعض كما تقدم في الدبس والزيت وشبههما وإن كانت خفيفة بحيث أذيب وأخذ أول ماذاب قبل أن تنفقد أجزاءه جزم الشيخ أبو حامد والحاملي والجرجاني بالجواز هذه طريقة الشيخ أبي حامد وتبعه الحاملي والجرجاني عليها وأما القاضي أبو الطيب فإنه قال إن صفى بالنار اختلف أصحابنا فيه كما قال المصنف سواء حكما وتعليلًا وأطلق القول في ذلك وكذلك الماوردي والبغوي والرافعي وقال القاضي حسين إن قول المنع مخرج من قول الشافعي لا يجوز السلم في العسل المصفى بالنار ورد القاضي ذلك بأن السلم امتنع لانه تعيب بدخول النار فيه والسلم في الميعب لا يجوز وكذلك الفوراني رد ذلك بمثل ما قال القاضي حسين (وأظهر) الوجهين عند الرافعي الجواز ونسبه الماوردي إلى سائر أصحابنا وهو الأصح عند ابن الصباغ والقاضي حسين (وقال) الروياني أنه المذهب لأن المقصود من عصره تميز الشمع عنه ونار التمييز لينة لا تؤثر في التعقيد فاشبه المصفى بالشمس ومن صحح الجواز ابن أبي عصرون وصاحب التتمة وهو الذي يقتضيه كلام الفوراني فإنه أطلق الجواز ثم ذكر

فاقر وارثه عليه بدين آخر فوجهان (أحدهما) أنهما سواء يتضاربان في التركة كما لو ثبت الدينان بالبينة وكما لو أقر بهما في حياته فإن الوارث خليفته وأقراره كإقراره (والثاني) أنه يقدم ما يقر به للمورث لانه بالموت تعلق بالتركة فليس للوارث صرف التركة عنه والوجهان جاريان فيما لو أقر لوارث بدين عليه ثم أقر لآخر بدين آخر عليه وهما مبنيان على أن المحجور عليه بالفلس إذا أقر بدين أسنده إلى ما قبل الحجر هل يقبل إقراره في زمة الغرماء فيه قولان والتركة كمال المحجور عليه من حيث أن الورثة ممنوعون من التصرف فيها وهذا معنى قوله في الكتاب لوقوع إقرار الوارث بعد الحجر وإطلاقة القولين في المسألة خلاف رواية الجمهور فأنهم جعلوها وجهين ويمكن تنزيلها على أنها مخرجان من مسألة الفلس (وقوله) في تصوير المسألة بدين مستغرق غير محتاج إليه بل الخلاف ثابت فيما إذا زادت التركة على قدر الدين الأول ففي وجه يوزع عليهما وفي وجه يوفى الأول بتمامه ويصرف الفاضل إلى الثاني ولو ثبت عليه دين في حياته بالبينة ثم مات فاقر وارثه عليه بدين جرى الخلاف أيضاً فاذا نيس من الشرط أن يكون ثبوت الدين الأول بالإقرار وماله الاظهر من الخلاف أشار بعضهم إلى ترجيح وجه التقديم وقال في التهذيب التسوية أصح وهو موافق لما مر في مسألة المفلس وإن ثبت عليه دين في حياته أو موته ثم تردت بهيمة في بئر كان قد احتفرها في محل عدوان ففي مزاحمة صاحب البهيمة رب الدين القديم ماسبق فيما إذا جني المفلس بعد الحجر عليه قاله في التتمة وإذا مات وخلف ألف درهم فجاء وادعي أنه أوصى له بثلاث ماله فصدقه الوارث ثم جاء آخر وادعي عليه ألف درهم ديناً فصدقه الوارث قبل يصرف الثلث إلى الوصية لتقدمها وقيل يخرج على قولنا بأن إقراره

عن بعض الاصحاب أنه فصل بين المصفى بالشمس والمصفى بالنار ومنع فى المصفى بالنار قال وهذا ليس بشيء كما رجحه الفوراني وما حكاهما الوجهان الاذان فى الكتاب ويشبه أن يكونان هذان الوجهان منزليين على ما ذكره الشيخ أبو حامد من التفصيل ويكون ذلك تحقيق مناط هل حصل نقص أولا والله أعلم * وفرق الماوردي بين العسل والزيت المتلى حيث لا يجوز بيع الزيت المتلى ببعضه ببعض بأن النار دخلت فى العسل بالصلاح وتمييزه من شمعته فلم تأخذ من أجزاء العسل شيئاً وكذلك السمن وإنما تأخذ النار فيما يدخل فيه الانعقاد واجتماع أجزائه قال حتى لو ان العسل المصفى أغلي بالنار لم يجوز بيع بعضه ببعض لان النار اذ لم تميزه من غيره و(اعلم) أن المصنف تكلم أولاً فى العروض على النار عرض عقد وطبخ كاللحم والحبس وما أشبه ذلك وقد تقدم شرحه وهذا القسم فى العروض على النار للتمييز والتصفية وذكر من أمثلة ذلك ما هو مختلف فيه وهو العسل الذى غناب سرحه والسكر وسيأتى وقد يكون منه ما لا خلاف فيه فلم يتعرض المصنف له كالذهب والفضة يعرضان على النار لتمييز الغش ولا خلاف فى جواز بيع بعضها ببعض وقال ابن الرفعة الذهب والفضة اذا دخلا النار لا يمتنع بيع بعضهما ببعض لانها لا تؤثر فى جزمهما نعم لو خالطهما غش فادخلا النار لتخلصه فقد يقال بامتناع بيع البعض ببعض لانها قد تؤثر فى اخراجه فى أحدهما أكثر مما تؤثر فى الآخر وقد يقال بانه يجوز

الوارث والموروث يتساويان ولو صدق مدعى الدين أولاً صرف المال اليه على قياس الوجهين جميعاً ولو صدق المدعين معاً فالْحِكَايَةُ عن الأكثر أنه يقسم الألف بينهما أرباعاً لأننا نحتاج إلى الألف للدين وإلى ثلث الألف للوصية فيتراحم على الألف وثلث الألف فيخص الوصية بثلاث عاقل وهو الربع وعن الصيدلاني أنه تسقط الوصية ويقدم الدين كما لو ثبتا بالبينة وهذا هو الحق سواء قدمنا عند ترتيب الاقارين الأول منهما أو سوين بينهما ولو أقر المريض بعين ماله لإنسان ثم أقر بدين آخر مستغرق أو غير مستغرق سلمت العين للمقر له بها ولا شيء للثانى لأنه مات المقر ولا يعرف له مال ولو أقر بالدين أولاً ثم أقر بعين ماله فوجهان (أصحهما) أن الحكم كما فى الصورة الأولى لأن الاقرار بالدين لا يتضمن حجباً فى العين ألا ترى أنفذ تصرفاته فيه (والثانى) أنه وبه قال أبو حنيفة رحمه الله أنهما يتراحمان لان لاحد الاقارين قوة السبق وللآخر الاضافة إلى العين فاستويا ولا يخفى أن التعرض للاستغراق فى المسألة اتفاق غير محتاج اليه والله أعلم * ويشترط فى المقر الاختيار فاقرار المسكر على الاقرار باطل كسائر تصرفاته *

قال ﴿ الركن الثانى المقر له وله شرطان (الأول) أن يكون أهلاً للاستحقاق * ولو قال لهذا الحمار على ألف بطل قوله * ولو قال بسببه على ألف لزمه للملكه على تقدير الاستئجار * ولو أقر لعبد

لأن لأهل الصناعة في ذلك خبرة لا تحرقه ولا تغلبهم النار عليها بخلافها في السكر ونحوه (قلت)
 وإطلاق الأصحاب يقتضي الجواز وإن لم يوصلوا هذا التفصيل بل في تصريحهم بالعرض لتمييز الغش
 ما يدل لما قاله من النظر والله أعلم * وتقييد المصنف المصنف بالنار وقياسه على المصنف بالشمس يدل على
 أن المصنف بالشمس يجوز بيع بعضه ببعض والأمر كذلك بلا خلاف قال الامام فان قيل اذا صفى
 العسل بشمس الحجاز فقد يكون أثر الشمس في تلك البلاد بالغا مبلغ النار فانا نرى شرايح اللحم
 تعرض على رمضاء الحجارة فتدخن نشيئا على الجمر قلنا هذا فيه احتمال (والأظهر) جواز البيع وإن
 أثر الشمس فيما أظن لا يتفاوت وإنما يتفاوت أثر النار لاضطرارها وقوتها وبعدها من الرجل والتعويل
 على تفاوت الأثر بدليل أنه لو أغلى ما على النار أو دخل ثقيف لم يمتنع بيع بعضها ببعض فان النار
 لا تؤثر في هذه الأجناس بتعقيد حتى يعرض فيها التفاوت فيزيل بعض الاجزاء ويبقى الباقي على
 استواء وقد قال ابن الرفعة في الكفاية ذهب بعض أصحابنا الى أنه ان صفى بها يعني الشمس في البلاد
 المعتدلة الحر لا يجوز بيعه بما صفى بها في البلاد الشديدة الحر قال محكي وليس بشيء *

(فرع) ان منعنا بيع المصنف بالنار بمثله فلا شك أنه يمتنع بيعه بغيره من أنواع العسل
 ومن صرح به الجرجاني لان النار اذا عقدت اجزاء احدها أدى الى التفاضل اما اذا قلنا بجواز

لزم الحق لمولاه * ولو قال لفلان فلانة على الف من إرث أو وصية قبل * ولو أطلق ولم يذكر الجهة
 فظاهر النص أنه لا يقبل * وفيه قول أنه يقبل وينزل على هذا الاحتمال * وكذلك إذا قال للمسجد
 أو للمقبرة على الف ان أضاف إلى وقف عليه قبل * وان أطلق فعلى الخلاف *

يشترط في المقر له أهلية استحقاق الحق المقر به والا كان الكلام لغوا وهزوا وفيه ثلاثة صور
 (إحداها) لو قال لهذا الحمار أو لدابة فلان على الف بطل إقراره ولو قال بسببها على الف صح ولزمه
 حمل على أنه جني عليها أو اكتراها وعن الشيخ أبي عاصم العبادي وجه أنه لا يصح لأن الغالب لزوم
 المال بالمعاملة ولا تتصور المعاملة معها ولو قال لعبد فلان على أو عبدي كذا صح وكان الإقرار لسيد
 ويخالف مسألة الدابة لانه لا تتصور المعاملة معها وتتصور مع العبد والاضافة اليه كالاضافة في الهبة وسائر
 الانشاءات (وقوله) في الكتاب ولو قال بسببه على الف لزمه للمالك المراد ما إذا قال للمالك بسببه على
 الف فاما إذا اقتصر على اللفظ المذكور في الكتاب لم يلزم أن يكون الألف للمالك الدابة في الحال
 ولكن يسأل ويحكم بموجب بيانه (الثانية) إذا قال لفلان فلانة على الف أو عندى الف فله ثلاثة
 أحوال (إحداها) أن يسنده إلى جهة صحيحة بان يقول ورثه من أبيه أو يقول أوصى به فلان له فيعتبر
 إقراره ثم ان انفصل الحمل ميتا فلا حق له بل هو لورثة من قال أنه ورثه منه أو لموصى أو ورثته ان

بيع العسل المصفى بالنار بمثله فهل يجوز بيعه بالمصفى بالشمس قال ابن الرفعة فيه نظر لان النار قد يتقارب تفاوتها ويتباعد في الشمس تباعد ما بينه وبين الشمس (قلت) والذي يظهر الجواز لانا انما نجوزه بناء على ان النار لطيفة تميز ولا تعقد الاجزاء واذا كان كذلك فلا اثر لها في التماثل فلا فرق بين ذلك وبين المصفى بالشمس *

﴿ الفرع ﴾ حيث قلنا يجوز بيع العسل بالعسل اما ان يكون مصفى بالشمس واما بالنار اللطيفة على الصحيح فيما تعتبر الماثلة فيه قل الشافعى رضى الله عنه في كتاب الصرف والعسل بالفضل كيلا بكيل ان كان يباع كيلا أو وزناً بوزن ان كان يباع وزناً وقال في موضع آخر العسل والسمن والسكر الوزن فيهما أحوط فالظاهر في هذا أنه موزون وعده في الرسالة في باب الاجتهاد مع الزيت والسمن والسكر من الموزونات فلذلك قال أبو الطيب انه المنصوص عليه وقد تقدم في أول الكلام قوله في المختصر لانهما لو بيعا وزناً إلى آخره وقال أبو اسحق لا يباع إلا كيلاً بكيل وقد تقدم التعرض لشيء من ذلك وقال الرافعي هو كالسمن والأمر كما قال وهما جميعاً موزونات خلافاً لأبي اسحق كما تقدم وقد حمل الرويانى قول الشافعى المذكور في الصرف على التوقف فيه قال وقيل أراد الشافعى بقوله انهما لو بيعا وزناً إذا انعقدا ببرد الهواء وغاظ لا يمكن كيلاه فيباع حينئذ وزناً فأما إذا أمكن كيلاه

أسنده الى وصيته وان انفصل حياً فان انفصل لما دون ستة أشهر من يوم الاقرار استحق لأنا نيقنا وجوده يومئذ وان انفصل لأكثر من أربع سنين فلا لأنا نيقنا عدمه يومئذ وان انفصل لستة أشهر أو أكثر ولما دون أربع سنين فان كانت مستفرشة لم يستحق لاحتمال تجدد العلق بعد الاقرار والأصل عدم الاستحقاق وعدمه عند الاقرار فان لم تكن مستفرشة فقولان (أحدهما) أنه لا يستحق لأنا لا نتيقن وجوده عند الاقرار (وأظهرهما) الاستحقاق اذ لاسبب في الظاهر يتجدد به العلق والظاهر وجوده وقت الاقرار لحكم ثبوت نسبه من كانت فراشاً له واذا ثبت الاستحقاق فان ولدت تلك المرأة ذكراً فهو له وان ولدت ذكراً فصاعدا فلهم بالسوية وان ولدت أنثى فهو لها ان أسنده الى وصية وان أسنده الى الارث من الأب فنصفه لها وان ولدت ذكراً وأنثى فهو بينهما بالسوية ان أسنده الى وصية وثلاثه ان أسنده الى الارث من الأب (وقوله) ونصفه لها وهذا اذا اقتضت جهة الوارثة ما ذكرنا فان اقتضت التسوية بان يكونا ولدى الأم كان ثلثه بينهما بالسوية قال الامام رحمه الله تعالى ولو أطلق الارث سألناه عن الجهة وحكمنا بمقتضاها (الحالة الثانية) أن يطلق الاقرار ففیه قولان (أحدهما) وهو نفيه في المختصر أنه باطل لأن المال في الغالب إنما يجب بمعاملة أو جنابة ولا امتناع للمعاملة مع الجهل ولا الجنابة عليه (وأصحهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله وأبو اسحق أنه يصح ويحمل

فلا يباع إلا كيلا قال وهو قريب من قول أبي اسحق (والمذهب) المنصوص ما تقدم واعترض الأصحاب على المزني في قوله لانهما لو يباع وزناً وفي أحدهما شمع وهو غير العسل كان العسل تارة غير معلوم قالوا لانه والحالة هذه معلوم للفاضلة فلا معنى لقوله غير معلوم وانما يستقيم هذا لا التعليل في الشاهد بالشاهد لانهما بما فيهما من الشمع غير معلومي للمائلة قالوا والشافعي ذكر هذا التعليل هناك فاشتبهت إحدى المسألتين بالأخرى وذكر الروياني أيضاً أن قوله في المختصر يدل على تصحيح أحد الوجوه فيما لم يعلم معياره يعني الوجه القائل بالتخيير وقد تقدم * وقال ابن داود لما ذكر كلام الشافعي فيه كالل دليل على أنه يجوز كيلا تارة وزناً أخرى قال وهذا غريب قل ما يوجد له نظير (قلت) وليس الأمر كما زعم بل المراد التوقف كما تقدم والله سبحانه وتعالى اعلم *

﴿ فرع ﴾ قال صاحب التهذيب غسل الرطب وهو رب يسيل منه يجوز بيع بعضه ببعض متساويين في الكيل ويجوز بيعه بغسل النحل متفاضلاً وجزأً فإيداً بيد لانهما جنسان مختلفان كما يجوز بيع العسل بالدبس * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ واختلفوا في بيع السكر بعضه ببعض فمنهم من قال لا يجوز لان النار قد عقدت أجزاءه ومنهم من قال يجوز لان ناره لا تعتد الاجزاء وانما تميزه من القصب ﴾ *

علي الجهة الممكنة في حقه وان كانت نادرة (الثالثة) أن يسنده إلى جهة فاسدة بان يقول الف أقرضني أو ثمن ماباعه مني فان لم نصححه بالاقرار المطلق فهذا أولى وان صححناه فطر يقان (أحدهما) أنه علي القولين في تعقيب الاقرار بما يرفعه (وأظهرهما) الصحة لأنه عقبه بما هو غير مقبول ولا منتظم فاشبه ما إذا قال لفلان علي الف لا يلزمني واذا صححنا الاقرار في الحالتين الأخيرتين فان انفصل الحمل ميتاً فلا حق له ويسأل المقر عن جهة اقراره من الميراث أو الوصية ويحكم بموجبه قال في النهاية وليس لهذا السؤال والبحث طالب معين فكان القاضي يسأل حسبة ليصل الحق إلى المستحق فان مات قبل البيان كان كما لو أقر لانسان فرده وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه يطالب ورثته ليفسروا فان انفصل حياً للمدة التي قدرنا من قبل فالكل له ذكر كراً أو أنثى وان انفصل ذكر كراً وأنثى فهو لهما بالسوية لأن ظاهر الاقرار يقتضي النسوية ومن المحتمل أن تكون الجهة الوصية ومتى انفصل حي وميت فيجعل الميت كان لم يكن وينظر في الحي على ما ذكرنا ولو أقر بحمل جارية أو بهيمة لانسان ففيه التفصيل المذكور فيما إذا أقر للحمل فان قال انه أوصى له به صح وينظر كم بين انفصاله وبين الاقرار من المدة على ما سبق وفي حمل البهيمة يرجع إلى اهل الخبرة وان أطلق أو أسند إلى جهة فاسدة خرج على ما تقدم من الخلاف ولو أقر بالحمل لرجل وبالأثم لآخر إن جوزنا الاقرار بالحمل صح الاقرار

﴿ الشرح ﴾ الوجهان المذكوران حكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ والبغوي والامام والرافعي وجعلهما الرافعي كالذهب ومقتضى ذلك أن الأصح عنده المنع في السكر أيضاً وكذلك قال في التهذيب أن الأصح أنه لا يجوز وكذلك نقل ابن الرفعة عن الأرقم أنه قال في فتاوى النهاية بالبطلان في السكر والغنايد والعسل المميز بالذار قال ابن الرفعة وذلك قياس جزم العراقيين بمنع السلم في ذلك فإن باب الربا أحوط من باب السلم بدليل أنه يجوز السلم فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض لأجل طلب المماثلة وظاهر المذهب الجواز في السكر على ما ذكره الشيخ أبو حامد وقال القاضي حسين أنه الصحيح وكذلك يقتضيه إيراد الجرجاني ونقل ابن الرفعة عن البندنجي أنه ظاهر المذهب وعن سليم أنه أظهر الوجهين وجزم في التعليق عن ابن أبي هريرة بالمنع وقال الماوردي إن كانت للتصفية وتمييزه من غيره جاز وإن دخلت لمقد الأجزاء لم يجز (واعلم) أنه قد يستشكل قول الشيخ وغيره أن نار السكر لينة لاتعقد الأجزاء وإنما تميزه من القصب والسكر إنما يتميز من القصب بالعود الذي يعصر به فإذا وقع أحد العودين على الآخر وانعصر القصب تميز وفي بعض ما تكلم به على المذهب تأويل ذلك بأنه لا بد أن يبقى في السكر شيء من أجزاء القصب ويكثر ذلك حتى يحتاج إلى استخراجها فإذا أغلى بالنار سهل إخراجها فإن ما بقي من أجزاء القصب يعلو على السكر عند الغليان ويسهل استخراجها فهذا معنى التمييز الذي

والأفلا قال صاحب التهذيب هما جميعاً للآخر وهذا البناء على أن الإقرار بالحامل إقرار بالحمل وفيه خلاف يأتي من بعد (الصورة الثالثة) لو أقر لمسجد أو مقبرة أو نحوها بمال وأسندته إلى جهة صحيحة كغلة وقف عليه صح وإن أطلق فعلى وجهين تخريجاً من القول في مسألة الحمل وعلى قياسه ما إذا أضاف إلى جهة فاسدة * قال ﴿ الثاني أن لا يكذبه المقر له فإن كذبه لم يسلم إليه ويترك في يد المقر في وجه * ويحفظه القاضي في وجه * فإن رجع المقر له عن الإنكار سلم إليه * فإن رجع المقر في حال إنكار المقر له فلا يظهر أنه لا يقبل لأنه أثبت الحق لغيره بخلاف المقر له فإنه اقتصر على الإنكار *

يشترط في الحكم بالإقرار عدم تكذيب المقر له في إنكاره وإن لم يشترط قبوله لفظاً على رسم الإيجاب والقبول في الإنشاءات فإن كذبه نظر إن كان المقر به مالا لم يدفعه إليه وفيما يفعل به ثلاثة أوجه (أظهرها) أنه يترك في يد المقر كما كان لأن يده تشعر بالملك ظاهراً والإقرار الثاني عارضه إنكار المقر له فيسقط وأيضاً فإنا لا نعرف مالكة ونراه في يد المقر فهو أولى الناس بحفظه (وثانيها) واختاره صاحب التهذيب والتتمة أنه ينتزعه القاضي ويتولى حفظه إلى أن يظهر مالكة فإنه في حكم مال ضائع فيحتاج للمالكه فإن رأى استحفاظ صاحب اليد فهو كما لو استحفظ عدلاً آخر (وثالثها) أنه ينخير المقر له على القبول والقبض وهو بعيد وقال الشيخ أبو محمد موضع الخلاف ما إذا قال صاحب اليد هذا لقفلان وكذبه

قصده وعلل القاضي حسين الجواز بأن لدخول النار فيه حداً ونهاية وعلله الامام بأن الانقضاء من طباع السكر كما حكيناه وقبده الماوردي فقال في السكر والفانيدان التي فيهما ماء أو لبن أو دقيق أو غيره فلا يجوز بيع بعضه ببعض والا فينظر فان دخلت النار فيهما لتصفيتهما وتمييزهما من غيرهما جاز وان دخلت لاجتماع اجزائه وانقضاءها فلا (قلت) أما تقييده بما إذا لم يكن فيه ماء أو لبن أو دقيق أو غيره فيمكن أن يكون اطلاق الأصحاب منزلاً عليه لانه حينئذ يصير بيع السكر وغيره بمثله قال ابن الرفعة وما قاله فيه نظر لان السكر لامن اذابة أصله بالماء ليحل ثم يطبخ ونصب عليه بعد غليانه اللبن ليبيضه ويزيل وسخه وذلك يقتضي منع بيع بعضه ببعض على طريقه (قلت) وكلام الماوردي يقتضي أنه لم يتحدد عنده حال السكر ولا حال تأثير النار فيه فاما حكمه بالمنع عند اختلاطه بغيره وما ذكره ابن الرفعة من أن ذلك لا بد منه فهو يقتضي قوله بالمنع فيه وهو القياس فان الخليط الذي فيه من الدقيق واللبن مانع من التماثل أما الماء ففيه نظر فان الظاهر أنه لا يزيد في وزنه بعد الجفاف شيئاً والله أعلم * ﴿ فرع ﴾ بعد أن ذكر الامام ما ذكر في السكر قال وهذا الذي ذكرناه يعني من الخلاف جار في كل ما ينعقد كذا نقله عنه ابن الرفعة قال وقد صرح بأجراء الخلاف في القند الفوراني وأجراء الامام الغزالي في الفانيد وأجراء الغزالي رحمه الله أيضاً القند وفي الباب *

فلان فأما اذا قال صاحب اليد للقاضي في يدي مال لأعرف مالكة فالوجه القاطع بأن القاضي يتولى حفظه وأبعد بعضهم فلم يجوز انتزاعه منها ولو رجع المقر له عن انكاره فصدق المقر فقد حكى الامام رحمه الله الجزم بقبوله وتسليم المقر به اليه لكن الأظهر وهو الذي أورده للمتولى وغيره تفريعه على الخلاف السابق (ان قلنا) يترك في يد المقر فهذا حكم منا بطلان ذلك الاقرار فلا يصرف الى المقر له الا باقرار جديد (وان قلنا) انه ينتزعه القاضي ويحفظه فكذلك لا يسلم اليه بل لو أراد اقامة البينة على أنه ملكه لم تسمع وانما يسلم له اذا فرعنا على الوجه البعيد فان الظاهر أنه لا يسلم اليه على خلاف ما ذكر في الكتاب ولو رجع المقر في حال انكار المقر له وقال غلطت أو تعمدت الكذب لم يقبل رجوعه ان قلنا ينتزعه القاضي وان تركناه في يده فعلى وجهين رواهما الامام رحمه الله (أظهرهما) عنده وعند صاحب الكتاب أنه لا يقبل أيضاً بناء على أنه لو عاد المقر له إلى التصديق قبل منه فاذا كان ذلك متوقفاً يلتفت الى رجوعه (والثاني) أنه يقبل بناء على أن الترتيب في يده ابطال الاقرار وقضية كلام الأكثرين ترجيح هذا الوجه ويعزى الى ابن سريج ومن قال به لا يسلم لصاحب الكتاب قوله لانه أثبت الحق لغيره بل يقول يشترط كونه اثباتاً سلامته مع معارضة الانكار وجميع ما ذكرناه فيما اذا كان الاقرار بشوب ونحوه أما اذا كان اقراره بعبء فأنكر ففيه وجهان (أحدهما) يحكم بعتقه لان صاحب اليد لا يدعيه والمقر له ينفيه فيصير

﴿ فرع ﴾ إذا بيع السكر فالمعيار فيه الوزن نص عليه الشافعي ومن الأصحاب نصر المقدسي وقد تقدم قول الجوزي وتنبهه على أن ذلك لاختلاف فيه وقال ابن أبي الدم أن أبا اسحق قال يباع كيلا وجعل الوجهين فيه كالسمن ولم أر ذلك لغير ابن أبي الدم وعلل وجه أبي اسحق على ما زعم بأن أصله السكيل وكأن يعني العصير فإنه مكيل وبيع الفانيد كبيع السكر بالسكر قاله الماوردي والقاضي حسين والبغوي والامام والرافعي *

﴿ فرع ﴾ قال نصر المقدسي في الكافي يجوز بيع السكر بالسكر وزناً إذا تساوى في اليبس والصفة فأما اشتراطه اليبس فصحيح وأما اشتراطه التساوي في الصفة فمشكل لأن ذلك غير شرط في الربويات بدليل أنه يجوز بيع التمر من نوع بالتمر من نوع آخر وما أشبهه وظاهر كلام نصر هذا أنه لا يجوز بيع السكر بالسكر إذا اختلفت صفتها ولم أر من تعرض لذلك غيره ولا يجوز بيع قصب السكر بقصب السكر ولا بالسكر كبيع الرطب بالتمر أو بالرطب قاله البغوي والرافعي وهو الصواب وقال الامام في السكر والفانيد منهم من قال هما جنس وهذا بعيد ومنهم من قال جنسان فإن قصبهما مختلف وليس للفانيد عكر السكر وأما السكر الأحمر الذي يسمى القوالب فهو عكر السكر الأبيض ومن قصبه وفيه مع ذلك تردد من حيث أنه يخالف صفة الأبيض مخالفة ظاهرة وقد يشتمل أصل واحد على مختلفات

العبد في يد نفسه فيعتق وهذا كما إذا أقر اللقيط بعد البلوغ بأنه مملوك زيد فأنكر يحكم بحريته (وأظهرها) لمنع لانه مملوك بارق فلا يرفع الا بيقين وتخالف صورة اللقيط فانه محكوم بحريته بالدار فاذا أقر وثقاه المقر له بقي علي أصل الحرية فعلى هذا الحكم فيه ماذ كرنا في الثوب وغيره فان كان المقر به قصاصاً أو حد قذف وكذبه المقر له سقط الاقرار وكذا لو أقر بسرقة توجب القطع فأنكر رب المال السرقة فلا قطع وفي المال ماسبق وان أقرت بالنكاح وأنكر سقط حكم الاقرار في حقه *

﴿ فرع ﴾ لو قال من في يده عبيد ان أحد هذين لفلان طولب بالبيان فلو عين أحدهما فقال المقر له ان عبيدي هو الآخر فهو مكذب للمقر في المعين ومدع في العبد الآخر *

﴿ فرع ﴾ ادعى على آخر ألفاً من ثمن مبيع فقال المدعى عليه قد أقبضتكَ الألف وأقام بيينة على اقراره بالقبض يوم كذا وأقام المدعي بيينة على اقرار المشتري بعد بيئته بأنه ما أقبضه الثمن بعد سمعت وألزم المشتري الثمن لأنه وان قامت البيينة على اقراره بالقبض فقد قامت أيضاً على أن صاحبه كذبه فيبطل حكم الاقرار ويبقى الثمن على المشتري ويعتبر في المقر له شرط آخر وهو أن يكون معيناً فلو قال لانسان أو لواحد من بني آدم أو من أهل البلد على ألف هل يصح اقراره خرجه الشيخ أبو على على وجهين بناء على أنه إذا أقر لمعين بشيء وكذبه المقر له هل يخرج من يده (إن قلنا)

كالبن وامل الأطهر من جنس السكر وقال القاضي حسين ان بيع قصب الفانيد بقصب الفانيد جائز وبالفانيد لايجوز وقصب السكر هل يجوز أم لان كانا من أصل واحد لايجوز متفاضلا وان كانا من أصليين يجوز متفاضلين وتابعه صاحب التهذيب على ذلك (قلت) وهذا كلام عجيب فان القصب كله الذى يعمل السكر والفانيد جنس واحد *

﴿ فرع ﴾ لما ذكر الماوردى حكم السكر والفانيد قال وكذلك دبس التمر ورب الفواكه *

﴿ فرع ﴾ بيع الفانيد بالسكر قال القاضي حسين ان كان أصلها واحد فهو كبيع الفانيد بالفانيد وان كان أصلهما مختلفا فيجوز كيف ما كان (قلت) وهذا مثل الأول فان أصل السكر والفانيد قصب واحد والظاهر أن القاضى رحمه الله تعالى قال ذلك لانه ليس القصب فى بلادهم ﴿ فائدة ﴾ قال ابن الرقعة أن النار فى القند فوق النار فى السكر والفانيد لان عصير القصب يوضع فى قدر كبير كالخاية ويغلى عليه غليانا شديداً إلى أن تزول منه مائة كثيرة ويسمى ذلك صلغاً ثم يطبخ فى قدر ألطف من ذلك بكثير وتقوى ناره إلى أن تذهب مائته فيوضع فى أوعية لطاف فوق الأوعية التى يصب فيها السكر والنار فيه فوق النار فى الذى يطبخ عسلا من ذلك الماء المصلوق فى الخاية وكثيراً ما تقوى نار الذى يطبخ عسلا فتصير أجزاؤه إذا برد قريباً من عقد أجزاء القند عند ذلك يسمى بالجلس

نعم لأنه مال ضائع فكذا ههنا ويفيد الاقرار (وان قلنا) لا لم يصح هذا الاقرار وهو الصحيح قال فى التتمة ولو جاء واحد وقال أنا الذى أردتني ولى عليك الألف فالقول قول المقر مع يمينه فى نفي الارادة ونفى الألف ويخلف الاقرار على هذا الابهام ما اذا قال غضبت هذا من أحد هذين الرجلين أو هؤلاء الثلاثة حيث يعتبر ذلك على ماسند كره ونفرعه من بعد والفرق أنه اذا قال هو لأحد هذين فله مدع وطالب فلا يبقى فى يده مع قيام الطالب واعترافه بأنه ليس له واذا قال لواحد من بنى آدم فلا غالب له فيبقى فى يده وكان الشرط أن يكون المقر له معيناً ضرب تعيين تتوقع معه الدعوى والطالب *

قال ﴿ الركن الثالث للمقر بد ولا يشترط أن يكون معلوماً بل يصح الاقرار بالجهول ﴾ ولا أن يكون مملوكا للمقر بل لو كان مملوكا بطل اقراره * فلو قال دارى لفلان أو مالى لفلان فهو متناقض ولو شهد الشاهد أنه أقر له بدار وكان مملوكه الى أن أقر كانت الشهادة باطلة * ولو قال هذا الدار لفلان وكانت ملكى الى وقت الاقرار أخذناه بأول كلامه ولم تقبل آخره *

لا يشترط أن يكون المقر به معلوماً بل يصح الاقرار بالمجاهيل على ماسيأتى ولا أن يكون مملوكا له حين يقر لأن الاقرار ليس ارادة ملك وانما هو أخبار عن كونه مملوكا للمقر له فلا بد من تقدم الخبر

ويطبخ منه السكر كما يطبخ من القند لكن طعمهما متباين وقول في موضع آخر ومن عصير قصب السكر يتخذ العسل المرسل ويتخذ القند وعن القند ينفصل العسل المسمى بالقصب وهو ما يقطر من أسفل أنالينج القند بعد أخذه في الجفاف والقند يختلف في الجودة والرداءة بحسب تبريد القصب وجودة الطبخ ومن الطيب من القند يتخذ السكر وإذا جمد استقطر مافيه من العسل من ثقب في أسفل الاجانة التي يوضع فيها بعد طبخه وهذا العسل يسمى كما قال القاضي أبو الطيب بعسل الطبرزد ونحن نسميه بالقطارة وهو يتنوع بحسب تنوع السكر الذي يستقطر منه وأنواع السكر ثلاثة الوسط وهو ادونه ومن أعلا اناء يتجه يكون الآخر لان القطارة تنحبس فيه والعال وهو فوق ذلك في الجودة والمسكر هو أعلا الثلاثة لانه يطبخ مرة ثانية من السكر الوسط والسكر النبات يطبخ من السكر الوسط أيضاً لكنه يجعل في قدر من الفخار قد صلب فيه عيدان من الجريد رقاق ليثبت فيها السكر وما يخرج منه من عسل عند كمال نباته يسمى بقطر النبات والفانيد تارة من السكر غير النبات وتارة من العسل المسمى بالمرسل المطبوخ من ماء القصب في أول أمره وطبعه مخلف طبع السكر ولونه يخالف لونه والاسم مختلف لكن الأصل فيها واحد القصب وعند ذلك ينقرر الخلاف في الفانيد والسكر هل هما جنس واحد باعتبار أصلهما كما في عسل القند وعسل السكر المعبر عنه بالطبرزد أو جنسان باعتبار

به على الخبر فلو قال دارى هذه أو ثوبى الذى أملكه لفلان فهو متناقض والمفهوم منه الوعد بالهبة ولو قال مسكني هذا فلان يكون اقراراً لأنه أضاف الى نفسه السكني وقد يسكن ملك العير ولو شهدت بينة على أن فلاناً أقر أن له دار كذا وكانت ملكه الى أن أقر كانت الشهادة باطلة نص عليه ولو قال المقر هذه الدار لفلان وكانت ملكي الى وقت الاقرار فاقراره نافذ والذي ذكره متناقض لأوله فليعلموا كما لو قال هذه الدار لفلان وليست له هذا في الاعيان وكذلك في الديون اذا كان له دين على غيره في الطاهر من قرض أو أجرة أو ثمن مبيع تقال ديني الذي لى على زيد لعمره فهو باطل ولو قال الدين الذي لى على زيد لعمره واسمى في الكتاب عارية فهو صحيح فلعلمه كان وكلا عنه في الاقراض والاجارة والبيع ثم عمرو يدعى المال على زيد لنفسه فان أنكر فهو بالخيار بين أن يقيم البينة على دين المقر على زيد ثم على اقراره له بما على زيد وبين أن يقيم البينة أولاً على الاقرار ثم على الدين ذكره القفال واستثنى صاحب التلخيص ثلاثة ديون ومنع الاقرار بها (أحدها) الصداق في ذمة الزوج لا تقر المرأة به (والثاني) بدل الخلع في ذمة المرأة لا يقر الزوج به (والثالث) أرش الجناية لا يقر به المجنى عليه لان الصداق لا يكون الا للمرأة وبدل الخلع الا للزوج وأرش الجناية الا للمجنى عليه نعم لو كانت الجناية على عبد أو مال آخر جاز أن يقر به الغير لاحتمال كونه له يوم الجناية قال

اختلاف الصفة والاسم فهذا فصل مفيد من كلام ابن الرفعة فإنه كانت عارفاً بذلك وكلام القاضي حسين وشبهه يدل على أنهم لم يحققوا الحال في ذلك لانه ليس في بلادهم أو ليس لهم به خبرة والله أعلم * قال ابن الرفعة أيضاً وأما السكر الأحمر والأبيض والنبات فجنس واحد للاشتراك في الاسم الخاص وقرب الطباع وهل يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً فيه الخلاف السابق والفائدة قد يجعل فيه شيء من الدقيق وعند ذلك إذا قلنا هو والسكر جنسان لم يضر (وان قلنا) جنس واحد فلا يجوز بيعه بالسكرات لم ينظر إلى تأثير النار ولانه من قاعدة مدعوجة وقول ومع تقاربت النار في القند والسكر والفائدة لم يذكر المصنف يعني الغزالي بينهما كما لم يفرق الأصحاب بين ذلك في السكر بل جوزوه في الجميع على رأي مرجح في الحاوي وممنوع على وجه جزم به العراقيون فوجه التسوية في الجميع ان النار في ذلك حداً بحسب العرف فأحيل الحكم عليه وعلى هذا فقد يقال الأمر كذلك في النار التي تدخل في الدبس وقد قطع فريق فيه بالمنع وان حكى الخلاف في السكر ونحوه فما الفرق ويقال فيه ان زيادة النار في السكر ونحوه تفسده فيحترز منها وزادتها في الدبس ونحوه تصلحه فلا يحترز عنها فلذلك افترقا قال وانما قلت ذلك لاني رأيت حكاية عن الامالي أن تأثير النار في الشيء ان لم يكن

الائمة هذه الديون وان لم يتصور فيها الثبوت للغير ابتداءً وتقديراً بوكالة ولكن يجوز انتقالها الى الغير بالحوالة وكذلك في البيع على قوله فيصح الاقرار بها عند احتمال جريان الناقل وحملوا على ما ذكره صاحب التلخيص دلي ما اذا أقر بها عقيب ثبوتها بحيث لا يحتمل جريان الناقل لكن سائر الديون كذلك فلا ينتظم الاستثناء بها بل الأعيان أيضاً يرتد المستثنى به حتى لو أعتق عبده ثم أقر له السيد أو غيره عقيب العتق بدين أو عين لم يصح لأن أهلية المالك لم تثبت له الا في الحال ولم يجر بينهما ما يوجب المال وزاد أبو العباس الجرجاني في الفصل شيئاً فقال ان أسند الأقرار الثلاثة الى جهة حوالة أو بيع ان جوزناه فذاك والا فعلى قوانين بناء على ما لو أقر للحمل بمال وأطاق *

قال نعم يشترط أن يكون المقر به تحت يده وتصرفه * ولو أقر بحرية عبد في يد غيره لم يقبل * فلو أقدم على شرائه صح تعويلاً على قول صاحب اليد * ثم قيل انه شراء * وقيل انه فداء من جانبه بيع من جانب البائع * والصحيح أن خيار الشرط والمجاس لا يثبت فيه * كما لا يثبت في بيعه عبده من نفسه * ولا يثبت في بيع العبد من قريبه الذي يعتق عليه على الصحيح * ثم يحكم بعتق العبد على المشتري ولا يكون الولاء له ولا للبائع * فان مات العبد وله كسب فله المشتري أن يأخذ من تركته قدر الثمن لأنه ان كذب فكله له * وان صدق فهو للبائع وله الولاء وقد ظلمه بالثمن * وقد ظفر هو بماله هكذا ذكره المزني رحمه الله * ومن الأصحاب من خالفه لأنه غير مصدق في هذه الجهة *

له نهاية كالدبس فكلما كثر النار كان أجود وليس له نهاية إلى أن يتلا بس فلا يصح بيع بعضه ببعض لان تأثير النار في تنقيص رطوبته تتفاوت وان كان له نهاية كالسكر والفانيد ففيه وجهان (قلت) هذه الحكاية عن الأمالى وذكر الوجهين فيها لم أفهمه ولا يقع في كلام الشافعى رضى الله عنه ذكر وجهين فليتأمل ذلك إلا أن يكون المراد أمال السرخسى *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

ولا يجوز بيع الحب بدقيقه متفاضلا لان الدقيق هو الحب بعينه وانما فرقت أجزاءه فهو كالذناير الصحاح بالقراصة فأما بيعه به متماثلا فالمنصوص أنه لا يجوز وقال الكرايسى قال أبو عبد الله يجوز فجعل أبو الطيب بن سلامة هذا قولاً آخر وقال أكثر أصحابنا لا يجوز قولاً واحداً ولعل الكرايسى أراد أبا عبد الله ماله كذا أو أحمد فان عندهما يجوز ذلك والدليل على أنه لا يجوز أنه جنس فيه رباع بيع

قوله يشترط أن يكون المقر به تحت يده وتصرفه أراد به أنه إذا لم يكن تحت يده لم يسلطنا اقراره على الحكم بثبوت الملك للمقر له بل يكون ذلك دعوى أو شهادة وليس معناه أنه يلغو قوله من كل وجه بل لو حصل المقر به فى يده يوماً من الدهر يؤمر بتسليمه اليه فقال فلو قال العبد الذى فى يدان زيد هو مر عند عمرو بكذا ثم حصل العبد فى يده يؤمر ببيعه فى دين عمرو ولو أقر بحرية عبد فى يد غيره أو شهد بحريته فلم تقبل شهادته لم يحكم بحريته فى الحال ولو أقدم المقر على شرائه صح تنزيلا للعقد على قول من صدقه الشرع وهو صاحب اليد البائع ويخالف ما إذا قال فلانة اختى من الرضاع ثم أراد أن ينسكحها لانمكته منها لان فى الشراء غرض استنفاذه من أسر السرقة ومثل هذا العرض لا يوجد هناك فيمنع من الاستمتاع بفرج اعترف بأنه حرام ثم إذا اشتراه حكم بحرية العبد وأمر برفع اليد عنه ثم للاقرار حالتان (أحدهما) أن تكون الصيغة أنك أعتقته وتسترقه ظلماً وهى التى تكلم بها فى الكتاب فالعقد الجارى بينه وبين البائع ما حكمه أهو شراء أم اقتداء بحكى صاحب الكتاب فيه أوجهاً ثلاثة (أحدها) أنه بيع من جهة البائع واقتداء من جهة المقر (والثانى) أنه بيع من الجانبين (والثالث) أنه اقتداء من الجانبين وهذا الثالث مما ينبو الطبع عنه فى جانب البائع وكيف ينتظم أن يقال انه يأخذ المال لينتقد من يسترقه ويعرفه حرّاً يفقديه بل لو قيل فيه المعنيان جميعاً والخلاف فى أن الاغلب منهما ما إذا كان أو بما رآه والمعتمد الذى رواه الاكثر أن أنه بيع من جانب البائع لاحالة ومن جانب المشتري وجهان (أحدهما) أنه شراء كما فى جانب البائع (وأصحهما) أنه اقتداء لاعترافه بحريته وامتناع شراء الحر وينبني على هذا الخلاف الكلام فى ثبوت الخيار فى هذا العقد أما البائع فيثبت له خيار المجلس والشرط بناء على ظاهر

منه ما هو على هيئة الادخار بما ليس منه على هيئة الادخار على وجه يتفاضلان في حال الادخار فلم يصح
كبيع الرطب بالتمر *

﴿ الشرح ﴾ الكرايسي هو أبو علي الحسين بن علي البغدادي صاحب الشافعي
في العراق كان عالماً في الفقه والحديث والأصول وله تصانيف في الجرح والتعديل وغيره
ومن جملتها كتاب الرد على المدلسين الذي رد عليه فيه أبو جعفر الطحاوي وقد وقفت على كلام أبي
جعفر توفي الكرايسي سنة خمس وأربعين وقل ثمان واردين ومائتين وهو مذكور في المذهب في باب زكاة
التجارة وأبو الطيب محمد بن الفضل بميم في أوله ان سلة من كبار أصحابنا درس الفقه على ابن سريج وكان
مخصوصاً بفرط الزكاة والشهامة فلذلك كان أبو العباس يقبل عليه غاية الاقبال ويميل إلى تعليمه كل
الليل صنف كتباً عدة مات شاباً سنة ثمان وثلاثمائة وهو مذكور في المذهب في باب صلاة المسافرين

المذهب في أنه يبيع من جانبه ولو كان البيع بشئ معين فخرج معيباً ورده كان له أن يسترد العبد
بخلاف ما لو باع عبداً أو أعتقه المشتري ثم خرج الثمن المعين معيباً ورده لاسترد العبد بل يعدل
إلى القيمة لاتفاقها على العتق هناك وأما المقرر للمشتري فإن جعلناه شراء في حقه فيه الخيار وإن جعلناه فداء
فلا وعلى الوجهين لارد له لو خرج العبد معيباً لكن يأخذ الأرض على وجه الشراء ولا يأخذ على الوجه
الآخر وذكر الامام رحمه الله أنه إذا لم يثبت خيار المجلس للمشتري ففي ثبوته للبائع وجهان لأن هذا الخيار
لا يكاد يتبعض وقوله في الكتاب والصحيح أنه خيار المجلس والشرط لا يثبت فيه إلى آخره يشعر
بأنات الخلاف فيه نعم مع الحكم بكونه شراء وبعثاً لاستعقابه العتق كخلاف في شراء القريب واعلم
أن مسألتى بيع العبد من نفسه وبيعه من قريبه قد ذكرناهما بما فيهما في البيع رتبين أن كلامه في شراء
القريب بخلاف كلام الأكثرين والحكم بان الصحيح ههنا منع الخيار غير مسلم على اطلاقه بل
الصحيح ثبوتها في طرف البائع نعم في طرف المشتري الفتوى بالمنع بناء على أنه فداء والله أعلم *

ثم إذا حكمنا بالعتق والحالة هذه فلا نقول بان ولاء للمشتري لاعترافه أنه لم يعتقه ولا للبائع لزعمه
أنه ليس بعتق بل هو موقوف فان مات وقد اكتسب مالا فان كان له وارث بالنسب فهو له والا
فينظر إن صدق البائع للمشتري أخذه ورد الثمن وإن كذبه وأصر على كلامه الاول فظاهر النص أنه
يوقف المال كما كان الولاء موقوفاً وأعرض الزنى فقل للمشتري أن يأخذ قدر الثمن مما تركه فان
فضل شيء كان الفاضل موقوفاً وعاله إن المشتري إذا كان كاذباً فليت رقيق وجميع أكسابه له أو
صادق فالأكساب للبائع إرثاً بالولاء وهو قد ظلمه بأخذ الثمن وتعذر استرداده فاذا ظفر بماله كان له أن
يأخذ به حقه وافتقر الأصحاب في المسألة فذهبت فرقة إلى تقرير النصين وتخطئة الزنى فالتوجيه من

وكذلك الامام مالك رحمه الله وهو أجل من أن ينسب علي شيء من أخباره وأحمد بن حنبل رحمه الله لم يتقدم له ذكر في المذهب فيما أطن وهو الامام ابو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن اسد بن ادريس ابن عبد الله بن حبان بجاء مهملة وياء آخر الحروف ابن عبد الله بن أنس بن عوف بن قاسط بن مازن ابن ذهل بن شيدان بن ذهل بن ثعلبة بن عكابة بن صعب بن حلي بن بكر بن وائل بن قاسط بن هنب بن أفصى بن دعمي بن جديلة بن أسد بن ربيعة بن نزار بن مضر بن معد بن عدنان مولده سنة (١) وستين ومائة وتوفي سنة إحدى وأربعين ومائتين وفضائله ومناقبه علماء وزهداً وورعاً أكثر من أن تحصى وأشهر ممن تذكر وهو معدود من أصحاب الشافعي رضي الله عنهم بالعراق وقول المصنف الحب بدقية يشمل الحنطة والشعير وغيرهما وفيه احتراز عن بيعه بدقيق غيره كبيع الحنطة بدقيق الشعير والشعير

(١) يياض بالاصل

وجهمين (أحدهما) أنه لو أخذ شيئاً فاما أن يأخذه بجهة أنه كسب مملوكه وقد نفاه بإقراره أو بجهة الطفر بمال من ظلمه وهو ممتنع لأنه إما بذله تقرباً إلى الله تعالى باستنقاذه حراً فيكون سبيله سبيل الصدقات والصدقات لا يرجع فيها (والثاني) لا يدري أنه يأخذه بجهة الملك أو بجهة الطفر بمال من ظلمه فيمتنع من الأخذ إلى ظهور جهته وقال ابن سريج وأبو اسحق وأكثر مشايخ المذهب الأمر كما ذكره الزنبي وعن ابن سريج والقاضي أبي حامد أن الشافعي رحمه الله نص عليه في غير هذا الموضع وحملوا ما ذكره ههنا على أن ما يأخذه بجهة الولاء لا يكون موقوفاً وهو ما زاد على قدر الثمن فاما المستحق بكل حال فلا معنى للنوق فيه قالوا ويجوز الرجوع في المبدول على جهة الفدية كما لو فدى أسيراً في يد المشركين ثم استولى المسلمون على بلادهم ووجد الباذل عين ماله أخذه (وأما) اختلاف الجهة فلا يسلم أنه يمتنع أخذه بعد الاتفاق على أصل الاستحقاق (الحالة الثانية) أن يكون صفة إقراره أنه حر الأصل وأنه عتق قبل أن اشتريته فإذا اشتراه فهو فداء من جهته بلا خلاف كذلك ذكره صاحب التهذيب وإذا مات وقد اكتسب مالاً وليس له وارث للمال لبنت المال وليس للمشتري أن يأخذ منه شيئاً لأن تقدير صدقه لا يكون للمال للبائع حتى يأخذ عوضاً عن الثمن ولو مات العبد قبل أن يقبضه المشتري لم يكن للبائع أن يطالبه بالثمن لأنه لا حرية في زعمه والمبيع قد تلف قبل القبض هذا شرح المسألة وقد أدرج فيه بعض ما يتعلق بلفظ الكتاب خاصة (وقوله) لم يحكم بعتق العبد على المشتري على من صلة الحكم لامن صلة العتق فانا لأنحكم بأنه عتيق على المشتري وأما نحكم على المشتري أنه عتيق (وقوله) لأنه غير مصدق في الجهة أراد به ما ذكرنا في التوجيه الثاني وشبه هذا الخلاف فيما إذا قال لي عليك ألف ضمنته فقال ما ضمنته شيئاً ولكن لك على ألف عن قيمة متلف والأصح الثبوت وقطع النظر عن الجهة *

بدقيق الحنطة وما أشبه ذلك فانه جائز متماثلاً ومتفاضلاً على القول الصحيح المشهور الذي قطع به قاطعون أن الأدقة أجناس والمقصود بيع القمح بدقيق القمح أو بيع الشعير بدقيق الشعير وما أشبه ذلك وفي ذلك مسألتان (إحداها) أن يباع متفاضلاً وهذا لا يجوز عندنا وعند أكثر العلماء ونقل الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وغيرهما عن أبي ثور جوازه واحتج بأنهما جنسان لاختلاف الاسم وقض الأحناب عليه باللحم بالحيوان وكثير من المطعومات وفيه نظر من الصابط الذي مهدوه في اختلاف الجنس واتحاده وهو مذهب أبي ثور في ذلك موافق لمذهب داود وأنه ذهب هو وأصحابه إلى جواز ذلك وعمم فقال يجوز بيع القمح بدقيقه وسويقه وخبره وبيع الدقيق بالدقيق والسويق والخبز والسويق بالسويق وبالخبز وبالحبز متفاضلاً ومتماثلاً قال الشافعي رضي الله عنه في المختصر ولا يجوز بيع الدقيق بالحنطة مثلاً بمثل من قبل أنه يكون متفاضلاً في نحو ذلك وكذلك نقله

﴿ فرع ﴾ لو استأخر العبد المقر بحريته بدلا عن الشراء لم يحل له استخدامه والانتفاع به ولمسكرى مطالبته بالأجرة ولو أقر بحرية جارية ثم قبل نكاحها منه لم يحل له وطئها وللمزوج مطالبته بالمهر *

﴿ فرع ﴾ لو قال العبد الذي في يدك غصبته من فلان ثم اشتراه منه ففي صحة العقد وجهان نقلهما الامام رحمه الله (أحهما) الصحة كما لو أقر بحريته ثم اشتراه (والثاني) المنع لأن الصحيح ثم الاقتداء والالتقاد من ائرق ولا يتجه منله في تخليص ملك الغير (ثالث) لو أقر بعبد في يده لزيد وقال العبد بل أنا ملك لعمر وسلم إلى زيد دون عمرو لأنه في يد من يسترقه لافي يد نفسه لمواضعفه لم يكن لعمر تسليم رقبته والتصرف فيها أيضاً لما فيها من ابطال الولاء على المعتق وهل له أخذ اكسابه فيه وجهان (وجه المنع) أن استحقاق الاكساب فرع الربح وأنه لم يثبت *

قال ﴿ الركن الرابع الصيغة فإذا قال لفلان على أو عندي الف فهو اقرار ﴾ ولو قال المدعى لى عليك الف فقال زن أو خذ لم يكن اقراراً * وكذا إذا قال زنه أو خذه (و) ولو قال بلى أو أجل أو نعم أو صدقت أو أنا مقر به أو لست منكرأ له فهو اقرار * ولو قال أنا مقر ولم يقل به فلا يكون اقراراً به * ولو قال أنا أقر به قيل إنه اقرار * وقيل انه وعد بالاقرار * ولو قال اليس لى عليك الف فقال بلى لزمه * ولو قال نعم قيل إنه لا يلزمه والأصح التسوية * ولو قال اشترى منى هذا العبد فقال نعم فهو اقرار بالعبد *

في الفصل صور (أحدها) قول القائل كذا لفلان صيغة إقرار (وقوله) لفلان على أو في ذمتي إقرار بالدين ظاهراً (وقوله) عندي أو معي إقرار بالعين ولو قال له قبلى الف قال في التهذيب هو

الامام عن المزني في المنشور مع نقله فيه جواز بيع الدقيق بالدقيق كما سيأتي إن شاء الله تعالى وقال في مختصر البويطى ولا يجوز أن يؤخذ دقيق بقمح وقال الشيخ أبو حامد وهو الصحيح من المذهب وبه قال الحسن البصرى ومكحول وأبو هشام وحماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وذهب مالك في المشهور عنه إلى أنه يجوز كيلاً بكيل وبه قال قتادة وربيعة وإبراهيم النخعي وابن سيرين وابن شبرمة والليث بن سعد وذهب الأوزاعي وأحمد بن حنبل واسحق بن راهوية إلى أنه يجوز وزناً بوزن والأكثر على الامتناع من اثبات ما حكاه الكرايسى قولاً للشافعى منهم الشيخ أبو حامد والعبدري قال العبدري والصحيح أنه لا يحفظ عن الشافعى إلا المنع قال الشيخ أبو حامد لا يختلف المذهب في أن ذلك لا يجوز وقال القاضى أبو الطيب لا يحفظ للشافعى في كتبه غير ذلك وكذلك في تعليق الطبرى عن ابن أبي هريرة أنه خطأ لا يحفظ عن الشافعى وغير من سمينا يقول ذلك قال

دين ويشبه أن يكون هو صالح للدين والعين جميعاً (الثانية) إذا قال لغيره لى عليك الف وقال في الجواب زن أو خذ لم يكن إقراراً لأنه لم توجد منه صيغة التزام وقد يذ كر مثل ذلك من يستهزئ ويبالغ في الجحود ولو قال استوف أو اتزن فكذلك وفي التتمة نقل وجه في قوله اتزن أنه اقرار لأنه يستعمل في العادة فيما يستوفيه الانسان لنفسه بخلاف قوله زن ويقال هو مذهب أبى حنيفة رحمه الله ولو قال خذه أو زنه فظاهر المذهب أنه ليس باقرار أيضاً وقال الزبيرى انه اقرار ووجهه أن الكناية تعود الى ما تقدم في الدعوى ولو قال سده في همناء بك أو اجعله في كسبك أو اختم عليه فهو كقوله زنه أو خذه واعلم أن الوجه الذى رويناه عن الزبيرى نسبه صاحب الكتاب فى الوسيط الى صاحب التلخيص فلم يورد فيه المسألة ولو قال المدعى عليه فى الجواب بلى أو نعم أو أجل أو صدقت فهو اقرار لان هذه الالفاظ موضوعة للتصديق والموافقة ومثله أجابوا فيما اذا قال لعمرى ولعل العرف يختلف فيه ولو قال أنا مقر به أو بما يدعيه ولست بمنكر له فهو اقرار ولو قال أنا مقر ولم يقل به أو قال لست بمنكر أو أنا أقر لم يكن إقراراً لجواز أن يريد الاقرار بطلان دعواه أو بأن الله تعالى واحد وهذا يدل على أن الحكم بأن قوله لى مقر به اقرار فيما اذا خاطبه فقال أنا مقر لك به والا فيجوز أن يريد الاقرار به لغيره ولو قال أنا أقر لك به فوجهان (أحدهما) أنه ليس باقرار لجواز أن يريد به الوعد بالاقرار فى تأتى الحال (والثانى) أنه اقرار لان قرينة الخصومة تشعر بالتمييز ونسب الامام رحمه الله الوجه الثانى للأكثرين واختاره كذلك القاضيان الحسين والرويانى ولا يحكى الثانى الا نادراً فضلاً عن الذهاب اليه (وأما) المختار فهو مؤيد بأنهم اتفقوا على أنه لو قال لأنكر ما تدعيه كان اقراراً غير محمول على الوعد ورأيت بعض أصحاب أبى عاصم العبادى أجاب عن هذا الالتزام

هؤلاء ولعله أراد بأبي عبد الله مالكاً واحداً لما سنحكيه من مذهبيها وجماعة من الأصحاب سكتوا عنه لم يحكوا فيه خلافاً منهم الفوراني وقال الروياني قال أكثر أصحابنا المسألة على قول واحد أنه لا يجوز ولم يوجد في شيء من كتبه جوازه ومنهم من ذهب إلى إثباته قولاً للشافعي وبه قال أبو الطيب ابن سلمة فيما حكاه أكثر الأصحاب وابن الوكيل فيما حكاه الحاملي والقفال فإنه قال في شرح التلخيص بعد قول صاحب التلخيص فإن كانا مطحونين أو أحدهما لم يجوز قال القفال وقال في القديم يجوز والمشهور من مذهبه أنه لا يجوز فاستفدنا من ذلك أن القفال من المعترفين بإثبات هذا القول وإن لم ينسبه للكرائسي والكرائسي من رواة القديم ووجهه بما سنذكره من حجة المالكية قال الرافعي وعلى هذا فالعيار السكيل وقد اختار أبو بكر بن المنذر في كتابه الأشراف منع بيع الحنطة بالدينق متفاضلاً وجوازه مثلاً بمثل قل ولا أعلم حجة تمنع من بيعه مثلاً بمثل وجعل الامام منقول الكرائسي

بأن العموم إلى النفس أسرع منه إلى الإثبات ألا ترى أن النكرة في معرض النفي نعم وفي معرض الإثبات لا نعم ذلك أن تقول هب أن هذا الفرق بين لسن لا ينفى الاحتمال وقاعدة الاقرار باليقين قال الامام رحمه الله وبتقدير حمله على الوعد فالقياس أن الوعد بالاقرار اقرار كما أن نقول التوكيل بالاقرار اقرار ولو قال في الجواب لا إنك إن كان يكون محققاً لم يكن مقراً بما يدعيه لجواز أن يريد في شيء آخر فلو قل فيما تدعيه فهو اقرار ولو قل لا اقر به ولا إنك كرههوكما لو سألت فيجمل منكراً وتعرض عليه اليمين ولو قال إبرائني عنه أو قبضته فهو اقرار وعليه يينة القضاء أو الإبراء وعن بعض الأصحاب أن قوله إبرائني ليس باقرار لقوله تعالى (فبرأه الله مما قالوا) وتبرئته عن عيب الادرة لا يقتضي إثباته له ولو قال اقررت بأنك إبرائني واستوفيت مني لم يكن اقراراً ولو قال في الجواب لعل أو عسى أو اظن أو أحسب أو أفدر لم يكن مقراً وههنا مباحته وهو أن اللفظ وإن كان صريحاً في التصديق فقد تنضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والكذب ومن جملة الاداء والإبراء وتحريك الرأس على شدة التعجب والإنكار ويشبه أن يحمل قول الأصحاب أن صدقت وما في معناه اقرار على غير هذه الحالة أما إذا اجتمعت القرائن فلا يجعل إقراراً أو يقال فيه خلاف لتعارض اللفظ والقرينة كما لو قال لي عليك ألف فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء لك على ألف فإن أبا سعيد المتولي حكى فيه وجهين (الثالثة) لو قال اليس لي عليك ألف فقال لي كان مقراً ولزمه الألف ولو قال نعم فوجهان (أحدهما) أنه لا يلزمه لأن نعم تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام ولي تكذيب له من حيث أن أصل لي بل وزيدت عليها الياء وهو الرد والاستدراك وإذا كان كذلك فقوله لي رد لقوله اليس لي عليك ألف فإنه الذي أدخل عليه حرف الاستفهام وبقي له ونفي النفي أثبات فكأنه قال لي

شيأ آخر وهو أن الدقيق والحنطة جنسان حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً لاختلاف الصفة والاسم والمنفعة قال الرافعي ويشبه أن يكون هو منفرداً بهذه الرواية يعني الامام (قلت) وليس منفرداً بها بل حكاهما الماوردي في الحاوي كذلك وسوى بينهما وبين قول أبي ثور فاستدل الأصحاب بما ذكره المصنف قالوا ولا فرق بين الموضوعين إلا أن الرطب لم يبلغ حالة الادخار والدقيق زال عنها ولو قدر عود الدقيق إلى حال كونه حنطة لغاتت المماثلة كما أنه إذا قدر الرطب تمراً تفوت المماثلة قال الأصحاب حالة كمال الحب كونه حباً فإنه يصلح للبذر والطحن والادخار واستدلوا أيضاً بأن الدقيق جنس فيه الربا زال عن حال كمال البقاء كاللحم بالحيوان والشيرج بالسهم واحترازوا بصنعة ادنى عن المستويين واحتج من نصر قول مالك بأن الدقيق نفس الحنطة وإنما تفرقت أجزأؤه فأشبهه الدراهم الصالح بالمكسرة واحتج من نصر قول الأوزاعي وأحمد بأن الطحن لا يتغير بالوزن وإنما يختلف به الكيل فاذا بيع أحدهما بالآخر وزناً كانا متساويين وأجاب الأصحاب عن حجة المالكية بأنه إذا كان حبا

عليك لك على الف وقوله نعم تصديق له فكأنه قال ليس لي لك على عليك الف هذا تلخيص ما نقل عن الكسائي وغيره من أئمة اللغة وعلى وفاقه ورد القرآن قال الله تعالى (الست ربكم قالوا بلى) وقال تعالى (أم يحسبون أنا لا نسمع سرهم ونجواهم بلى ورسلنا إليهم يكتبون) وقال تعالى (أيحسب الإنسان أن لن نجمع عظامه بلى قادرين على أن نسوي بنانه) وقال تعالى في لفظة نعم (فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم) وقال تعالى (أثنا لنا لأجراً إن كنا نحن الغالبين قال نعم) والوجه الثاني أن يكون مقرأ بأن كل واحد منهما يقام مقام الآخر في العرف والوجه الأول هو الذي أورده صاحب التهذيب وغيره لـكن الثاني أصح عند الامام وصاحب الكتاب وبه أجاب الشيخ أبو محمد وأبو سعيد المتولي ووجهه بان الاقرار يحمل على معهود العرف لا على حقائق العربية ولو قال هل لي عليك الف فقال نعم فهو اقرار (الراية) إذا قال اشترى منى عبدى هذا فقال نعم فهو اقرار به للتاثل كما لو قال اعتق عبدى هذا فقال نعم ويمكن أن يجيء فيه خلاف ما ذكرنا في الصلح فيما إذا قال بعني هذا العبد هل هو اقرار بالعبد للمخاطب وليس في لفظ الكتاب في المسألة اضافة العبد الى نفسه ولكن المراد ما اذا أضاف وكذلك صور في الوسيط ولو كان اللفظ اشترى منى هذا العبد كما في الكتاب فالتصديق بنعم يقتضى الاعتراف بملكية البيع لا بانه يملك للمبيع ولو ادعى عليه عبداً في يده فقال اشتريته من وكيلك فلان فهو اقرار له ويحاف اندعى عليه أنه ما وكل فلانا بالبيع ثم اننا نردف شرح صور الفصل بـصور تقرب منها لو قال له على كذا في علمى أو فيما أعلمه وأشهد فهو اقرار ولو قل كان على الف لعلان أو كانت هذه الدار في السنة الماضية له فوجهان (أحدهما) أنه اقرار في الحال بحكم الاستصحاب

كانت أجزاؤه منضمة مجتمعة فلا يأخذ من المكيال الموضع الذي يأخذه إذا طحن وتفرقت أجزاؤه فتبيع أحدها بالآخر كأننا متفاضلين وعن حجة الأوزاعي وأحمد بأن المائلة معتبرة كيلا فإذا قدر عودها إلى حالة كونهما طعاما أفضى إلى التفاضل كيلا وهذه المسائل وما بعدها من جملة قاعدة تعرض لها الشافعي في باب بيع الآجال من الام قال فإذا كان شيء من الذهب أو الفضة أو الماء كؤل أو المشروب فكان الآدميون يصنعون فيه صنعة يستخرجون بها من الأصل شيأ يقع عليه اسم دونه اسم فلا خير في ذلك الشيء شيء من الأصل وإن كثرت الصنعة فيه كما لو أن رجلا عمد إلى دنانير فجعلها طستاً أو حلياً ما كان لم يميز بالدنانير إلا وزناً بوزن وكما لو أن رجلاً عمد إلى تمر فحشاه في شئ أو جرة أو غيرها نزع نواه أو لم ينزعه لم يصح أن يباع بالتمر وزناً بوزن فكذلك لا يجوز حنطة بدقيق

(والثاني) لا لأنه لم يعرف في الحال بشيء والأصل براءة الذمة ويقرب منه الخلاف فيما إذا قال هذه داري أسكنت فيها فلاناً ثم أخرجته منها قيل هو اقرار باليد لأنه اعترف بشئها من قبل وادعى زوالها وعن أبي علي الزجاجة في جواب الجامع الصغير أنه ليس اقراره بالملك لزيد ودعوى انتقالها منه لأنه لم يعترف بيد فلان إلا من جهته ولو قال ملكتها من زيد فهو اقرار فإن لم يصدقه زيد أمر بالرد إليه ولو قال اقض الألف الذي لي عليك فقال نعم فهو اقرار ولو قال في الجواب اعطني غداً أو ابعت من يأخذه أو امهاني يوماً أو حتى أصرف الدراهم أو حتى افتح باب الصندوق أو أقعد حتى تأخذ أو لا أجد اليوم أو لا تزال تتقاضى أو قال ما أكثر ما تتقاضى والله لا قضيتك فجميع هذه الصور اقرار عند أبي حنيفة رحمه الله والأصحاب فيه مضطربون والميل إلى موافقته في أكثر الصور أكثر وتردد بعضهم في قوله اقض الألف الذي لي عليك فقال نعم أيضاً وكذا لو قال اسرح دابة فلان هذه فقال نعم أو قال متى تنقضي حق فقال غداً ولو قال له قائل غصبت ثوبي فقال ما غصبت من أحد قبلك ولا بعدك لم يكن مقراً لأن نفي الغصب من غيره لا يوجب العصب منه وكذا لو قال ما لزيد أكثر من مائة درهم لاث نفي الزائد على المائة لا يوجب اثبات المائة وفيه وجه آخر أنه اقرار بالمائة ولو قال معسر لفلان على ألف درهم أن رزقني الله ما لا قيل ليس باقرار للتعليق وقيل هو اقرار وذلك بيان لوقت الاداء والاصح أن يستفسر فإن فسر بالتأجيل صح وإن فسر بالتعليق لغا ولو شهد عليه شاهد فقال هو صادق أو عدل لم يكن مقراً وإن قال صادق فيما شهد به أو عدل فيه كان مقراً قاله في التهذيب ولو قال إن شهد على فلان وفلان أو شاهدان بكذا فليهما صادقان قال في الحلية فيه قولان (أصحهما) أنه اقرار وإن لم يشهدا وبه أجاب صاحب التلخيص في المفتاح (والثاني) أنه ليس باقرار لما فيه من التعليق فإن قال إن شهدا صدقتهما لم يكن مقراً لأن غير الصادق قديصدق

وكذلك حنطة بسويق أو بنجر أو بفالودج إذا كان نشاء مشقة من حنطة وكذلك دهن سمسم بسمسم وزيت بزيتون وكذلك لا يصح التمر المنشور بالتمر المكبوس لأن أصل التمر الكيل اه ثم قال الشافعي رحمه الله تعالى بعد ذلك بكثير وكذلك لا خير في تمر قد عصر وأخرج صفه بتمر ثم يخرج صفه كيلا بكيل من قبل انه قد أخرج منه شيء من نفسه وإذا تم بغيره عن خلقته فلا بأس به وقد روى عن مجاهد باسناد حسن قال لا بأس بالحنطة بالسويق والدقيق بالحنطة والسويق وعن الشعبي أنه سئل عن السويق بالحنطة فقال ان لم يكن ربا فهو ربية وما احتج به في منعهم القمح بالدقيق والقياس على بيع اللحم بالحيوان وهذا إنما يتم إذا جعلنا امتناع بيع اللحم بالحيوان معللا أما إذا جعلنا طريق ذلك الاتباع والتعبد فيمتنع اللاحق * قال المصنف رحمه الله *

ولا يجوز بيع دقيقه بدقيقه وروى المزني عنه في المنشور أنه يجوز واليه أومأ في البويطى لانهما يتساويان في الحال ولا يتفاضلان في الثاني فجاز بيع أحدهما بالآخر كالحنطة بالحنطة والصحيح هو الأول لانه جهل التساوى بينهما في حال الكمال والادخار فاشبهه ببيع الصبرة بالصبرة جزافا *

الباب الثاني في الاقارير المجملة

قال * وهي سبعة (الاول) اذا قال لفلان على شيء يقبل تفسيره بأقل ما يتمول (ح) لانه محتمل * وهل يقبل بحجة من الحنطة فيه خلاف * وهل يقبل بالكلب والسرجين وجلد الميتة فيه خلاف * والظاهر القبول لانه شيء لازم * ولا يقبل بالخنزير لانه لا يلزم ردهما * ولا يقبل برد جواب السلام والعيادة فانه لا مطالبة بهما * وان قال غصبت شيئا قبل بالخنزير والخنزير * ولو قال له عندي شيء لم يقبل بالسلام لانه لا يملك * وفيه وجه *

المقرر به قد يكون مفصلا وقد يكون مجملا مجهول الحال وأما احتمال فيه الاجمال لانه اخبار عن سوابق والشيء يخبر عنه مفصلا تارة ومجملا تارة ويخالف الاشياء حيث لا تحتمل الجهالة والاجمال في أغلبها احتياطاً لا ابتداء الثبوت وتحرزاً عن الغرر ولا فرق في الاقارير المجملة بين أن تقع ابتداء او في جواب دعوى معلومة كما اذا ادعى عليه الف درهم وقال لك على شيء والالفاظ التي تقع فيها الجهالة والاجمال لاحصر لها فاشتغل الشافعي رضي الله عنه والاصحاب ببيان ماهوا أكثر استعمالا ودوراناً على اللسان ليعرف حكمهما ويقاس بهما غير (منها) إذا قال لفلان على شيء رجعت في التفسير اليه فان فسره بما يتمول قبل قليلا كان أو كثيراً كفلس ورغيف وتمر حيث يكون لها قيمة وان فسره بما لا يتمول فإما أن يكون من جنس ما يتمول أولاً يكون ان كان كحبة من الحنطة والشعير والسمسم وقمع الباذنجان ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل التفسير به لانه لا قيمة له فلا يصح الترامه بكلمة على ولهذا لا تصح الدعوى به (وأحدهما)

(الشرح) المراد ههنا أيضاً إذا كان الدقيقان من جنس واحد كدقيق القمح بدقيق القمح ودقيق الشعير بدقيق الشعير فيبيع الدقيق بالدقيق . من الجنس الواحد لا يجوز سواء كانا ناعمين أو أحدهما ناعماً والآخر خشناً قال الشيخ أبو حامد هذا الذى نص عليه فى الجديد والقديم وكذلك قال ابن الصباغ وهذا هو المذهب كذلك قال الشيخ أبو حامد وقال أبو الطيب وابن الصباغ انه المشهور وقال للماوردى ان مقابله خطأ وكثير من الأصحاب لم يحكموا فيه خلافاً للقاضى حسين وقال الرويانى انه نص عليه فى القديم والجديد وفرقوا بينه وبين بيع الحنطة الصغيرة الحبات بالحنطة الكبيرة الحبات بان أجزاء الحب ثم مجتمعة ورواية الزنى فى المنشور مشهورة نقلها الأصحاب كافة عن المزنى فى مسألة للمنشور عن الشافعى ونقله الامام عنه وعن نقل حرمة أيضاً وأما ما أوما اليه البويطى (فاعلم) أن الشافعى قال فى البويطى وكل شيء من الطعام الذى لا يجوز إلا مثلاً بمثل من صنف واحد فلا يجوز أن يؤخذ شيء مما يخرج منه بأصله متفاضلاً إلا مثلاً بمثل وهذا يقتضى منع بيع الدقيق بالتمح متفاضلاً ويفهم أنه يجوز بيعه به متماثلاً وقد تقدم منع ذلك مع أنه بعد هذا بسطر فى القويطى أطلق أنه لا يؤخذ دقيق بتمح فان كان المراد هذا النص الذى فى البويطى فصحيح أنه يرمى إلى بيع الدقيق بالدقيق لكن يرمى أيضاً إلى بيعه بالتمح * وقال الشيخ أبو حامد انه حكاه فى البويطى ولم ينقل أنه اعماه فعله فى مكان آخر لم أقف عليه بعد وكذلك القاضى أبو الطيب والماوردى وابن الصباغ والرافعى كلهم نقلوه عن البويطى وقاسه الراعى بعد ان نقله عن البويطى والماوردى فى المنشور بيع الدهن بالدهن يجوز وان امتنع بيعه بالسهم فكذاك هذا يجوز وان امتنع بيعه بالحنطة وهذا ينهك على أن الخلاف

القبول لأنه شيء يحرم أخذه وعلى من أخذه رده (وقوله) ان الدعوى به لاتسع ممنوع والتمرة الواحدة حيث لاقية لها من هذا القليل وعن القاضى أن الخلاف فيها بالترتيب وهو أولى بالقبول وان لم يكن من جنس ما يتمول فاما أن يجوز اقتناؤه لمنفعة أولاً يجوز (القسم الأول) لكسب المعلم والسرجين وجلد الميتة القابل للدباغ فى التفسير بها وجهان (أحدهما) لا يقبل لأنها ليست بمال وظاهر الاقرار للمال (وأصحها) القبول لأنها أشياء ثبت فيها الحق والاختصاص ويحرم أخذها ويجب ردها ومن هذا القسم الخمر المحترمة والكسب القابل للتعليم ومثال الثانى الخمر التى لاحرمه لها والخنزير وجلد الميتة والكسب الذى لا منفعة به فى التفسير بها وجهان لكن الأصح ههنا المنع وهو الذى ذكره فى الكتاب لانه ليس فيه حق اختصاص ولا يلزم ردها (وقوله) على مقتضى ثبوت حق المقر له ولو فسر به بوديعة قبل لأن عليه ردها عند الطلب وقد يتعدى فتكون مضمونة عليه وروى الامام رحمه الله وجهاً أنه لا يقبل لأنها فى يده لا عليه ولو أقر بحق الشفعة يقبل ذكره القاضى الرويانى وبالعيادة

في هذا مفرع على المشهور انه لا يجوز بيع القمح بالدقيق أما علي رواية الكرايسى إذا اثبتناها قولاً فإنه يجوز بيع الدقيق بالدقيق لا محالة وقد أجاز الرويانى في الحلية جواز بيع الدقيق بالدقيق إذا استويا في النعومة ونقله عن بعض أصحابنا وقال انه القياس ونقله مع بعض أصحابنا عن أبى حنيفة رضى الله عنه (واعلم) أن الأصحاب أطلقوا هذه الحكاية عن الشافعى ولم يثبتوا اشتراط التساوى في النعومة والخشونة وسيأتى مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه و بعض أصحابنا أنه يشترط التساوى في أحدهما وكلام الرويانى في الحلية ذكر التساوى في النعومة عن أبى حنيفة و بعض أصحابنا واختاره فيحتمل أن يكون مراده الاستواء في هذا أو في هذا وهو الظاهر وينزل كلام الشافعى المنقول عن المزنى والبويطى عليه لأنه لو اختلفا فكان أحدهما خشناً والآخر ناعماً لم تحصل الماثلة وعن أحمد جواز بيع الدقيق بالدقيق وذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أنه يجوز إذا كانا ناعمين أو خشنين وعبارة بعضهم يشترط تساويهما في النعومة والخشونة ووافق على امتناع الناعم بالخشن قالوا نحن نعتبر المساواة حالة العقد وأتمّ تعتبرونها تارة فيما كان كمسألة الدقيق وتارة فيما يكون كمسألة الرطب واعتبار حال العقد أولى فالجهالة تؤثر حالة العقد فقط واستدل أصحابنا بما تقدم في بيع الدقيق بالقمح وقد وافقنا أبو حنيفة رضى الله عنه هناك مع كون الحنطة والدقيق متساويين ووافقنا على امتناع الناعم بالخشن ولا متعلق في أن بينهما مفاضلة فان ذلك منتقض بالحنطة إذا كان أحدهما أفضل من الأخرى وقال أصحابنا إنما نعتبر المساواة حالة الادخار فحسب ثم ذلك يكون تارة فيما مضى وتارة فيما يكون ودليله ما تقدم في بيع الرطب بالتمر مع سلامته على الانتقاص بخلاف ما اعتبروه قاله فيقان وإن تساويا الآن فقد يكونان متفاوتين حالة كونهما حباً بأن يكون أحدهما من حنطة رزينة والآخر من حنطة خفيفة * ١

ورد السلام لا يقبل لانه بعيد عن الفهم في معرض الاقرار اذ لا مطالبة بهما والاقرار في العادة يجرى بما يطلب المقر ويدعيه قال في التهذيب ولو قال له على حق قبل التفسير بهما وظني أن الفرق بينهما عسير وكيف لا والحق أخص من الشئ * ويبعد أن يقبل تفسير الأخص بما لا يقبل به الأعم وبتقدير أن يكون الأمر كما ذكره في انتقض التوجيه المذكور (وقوله) في الكتاب لا يقبل برد جواب السلام أخذ اللفظين من الرد والجواب كاف والآخر زائد ولو كان الاقرار بلفظ الغصب فقال غصبت منه شيئاً فما يقبل تفسيره في الصورة السابقة يقبل ههنا بطريق الأولى إذا احتمله اللفظ وهذا القيد لتخرج الوديعة وحق الشفعة ويقبل أيضاً بالخمر والخنزير نص عليه في الام لان الغصب لا يقتضى الا اخذ قهراً وليس في لفظه ما يشعر بالتزام وثبوت حق بخلاف قوله على ولو قال له عندى شئ * فكذلك يقبل التفسير بالخمر والخنزير على المشهور لانه شئ * مما عنده وقال الشيخ أبو محمد لا يقبل واختاره

﴿ فرع ﴾ قال الروياني بيع لب الجوز بلب الجوز حكمه حكم الدقيق بالدقيق (قلت) وليس كذلك بل الصحيح جوازه وقد تقدم ذلك عند الكلام علي بيع التمر المزروع النوى والذي قاله الروياني هو قول القاضي حسين وصاحب التتمة ويمكن حمله على اللب المدقوق هو الذي يشبه الدقيق والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع حبه بسويقه ولا سويقه بسويقه لما ذكرناه في الدقيق ولأن النار قد دخلت فيه وعقدت أجزائه ففنع التماثل ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب السويقي ضربان تقيع ومطبوخ فالنقيع ينقع الطعام في الماء ليبرد ثم يحفف ثم يلقى ويحمر والمطبوخ يطبخ ثم يحفف ثم يلقى ويحمر فكل واحد منهما قد أخذت النار بعضه فانه إذا قلى يكون أصغر جرماً مما كان قبل ذلك وهذا الذي أرادته المصنف بالعلة الثانية والعلة الأولى ظاهرة فانه بمنزلة الدقيق وان لم نلاحظ دخول النار فيه فهما دليلان حيدان وقياس قول أبي ثور أن يأتي ههنا فان اختلاف الاسم موجود وكذلك نقله ابن المنذر عنه صريحاً وعن مالك أنها يقولان لا بأس به متفاضلاً وأما قول أبي الطيب بن سلمة في منقول الكراييسي ان ثبت عن الشافعي فلا تتأني هنا العلة الثانية وهي دخول النار وما ذكره هؤلاء الأئمة في تفسير السويقي بخالف للمعروف في بلادنا اليوم ومن نص على المسألتين اللتين ذكرهما المصنف كما ذكرهما الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحامي والماوردي وغيرهم من العراقيين والقاضي حسين من

الامام وصاحب الكتاب ووجهه بان قوله عندي يشعر بثبوت ملك أو حق وللأولين أن يمنعوا ذلك ويحتجوا عليه بانتظام قول القائل لفلان عندي خمر أو خنزير ثم لم أن يدعوا مثل ذلك في قوله غصبت من فلان *

قال ﴿ ثم ان امتنع عن التفسير حبس إلى أن يفسر على رأي ﴾ * وجعلنا كلا عن اليمين على رأي حتى يخلف المدعي * فلو فسر بدرهم فقال المدعي بل أردت عشرة لم يقبل دعوى الإرادة بل عليه أن يدعي نفس العشرة * والقول قول المقر في عدم الإرادة وعدم اللزوم ﴾ * عرفت أنه بم يقبل تفسير الاقرار بالشئ وبم لا يقبل وفي الفصل وردت مسألتان لا اختصاص لهما بلفظ الشئ بل يعمان سائر المبهات وانما أوردهما في هذا الموضع لان الاقرار بالشئ أول ما ذكره من الاقارير المجملة (المسألة الأولى) اذا اقر بمجمل وطالبناه بالتفسير فامتنع فيه ثلاثة أوجه جمعها الامام رحمه الله اطهرها انا نجبسه حبسنا إياه اذا امتنع من أداء الحق لان التفسير والبيان حق واجب (والثاني) أنه لا يحبس بل ينظر ان وقع الاقرار للمبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير جعل

الحراسانين وقل القاضي أبو الطيب والمحاملي المنع من بيع الحنطة بسويق الحنطة عن نصه في الصرف وقال الامام ان ابن مقلص حكى أن الشافعي جعل السويق مخالفاً لجنس الحنطة فإنه يخلها في المعني والدقيق مجانس للحنطة فإنه حنطة مفرقة الاجزاء واعلم أن السويق في بلادنا اسم^(١) وكذلك قال ابن الرفعة في الكفاية لما حكى ما قاله أبو الطيب ان ذلك مخلف لما نعرفه في بلادنا وجوز مالك بيع السويق بالقمح متفاضلا ففرق في ذلك بين السويق والدقيق وهو قول الليث بن سعد وأبي يوسف وروى أبو يوسف ذلك عن أبي حنيفة رضى الله عنه وروى عنه أنه لا يجوز واحتج من جوزه أن السويق صار بالصنعة جنساً آخر فصار بمنزلة بيع جنس بمجنس آخر وتقض أصحابنا ذلك بالحنطة بالدقيق وتمسكوا باعتبار حالة الادخار *

﴿فرع﴾ بيع السويق بالدقيق عندنا لا يجوز لانه قوت زال عن هيئة الادخار بصنعة آدمي فلم يجوز كما لو كن أحدهما أخشن من الآخر صرح به جماعة من الأصحاب منهم الماوردي والقاضي حسين وعن أبي حنيفة رضى الله عنه روايتان (أشهرهما) أنه لا يجوز وروى أبو يوسف رواية شاذة أنه يجوز كيلا يكيل وعن مالك وأبي يوسف رحمهما الله أنه يجوز متفاضلا لأنهما جنسان لأنه لو خلف لا يأكل إديقاً كل سويقاً لم يحنث وقوله ابن المنذر عن أبي ثور أيضاً وما ذكره منتقض بأنواع التمر كالمعقل والبرني *

(١) بياض
بالاصل فححر

ذلك انكاراً منه وتعرض عليه اليمين فان أصر جعلنا نا كلاً عن اليمين وحلف المدعى وان أقر ابتداء قلنا المقر له ادعى عليه حقه فاذا ادعاه وأقر بما ادعاه أو أنكر فذاك وأجرينا عليه الحكم وان قال لأدري جعلناه منكراً فان أصر جعلناه نا كلاً وذلك انه إذا أمكن تحصيل الفرض من غير حبس لا يحبس (والثالث) عن حكاية صاحب التقریب انه ان أقر بفصص وامتنع من بيان المفسوب حبس وان أقر بدين مبهم فالحكم كما ذكرنا في الوجه الثاني وذكر أبو عاصم العبادي أنه إذا قال على شيء وامتنع من التفسير لم يحبس وان قال على ثوب أو فضة ولم يبين يحبس وأشار من شرح كلامه إلى أن الفرق مبني على قبول التفسير بالتمر والخنزير فانه لا يتوجه بذلك مطالبته وحبسه (الثانية) إذا فسر اقراره أنهم بتفسير صحيح وصدقه المقر له فذاك والا فليبين جنس الحق وقدره وليدعيه والقول قول المقر في نفيه ثم لا يخلو اما أن يكون ما ادعاه من جنس مافسره المقر أو من غير جنسه فان كان من جنسه كما إذا فسر اقراره بمائة درهم وقال المقر له لي عليه مائتان فان صدقه على ارادة المائة فهي ثابتة بالاتفاق ويحاف المقر على نفي الزيادة ولو قال أراد به المائتين حلف المقر على أنه ما أراد مائتين وليس عليه إلا مائة ويجمع بينهما في يمين واحدة وعن ابن التريزان أنه لا بد من يمينين والمشهور الأول فلو نكل حلف المقر له على استحقاق المائتين ولا يحلف على الارادة لأنه لا يطلع

• قال المصنف رحمه الله •

﴿ ولا يجوز بيعه بخبزه لأنه دخله النار وخالطه الملح والماء وذلك يمنع التماثل ولأن الخبز موزون والحنطة مكيل فلا يمكن معرفة التساوى بينهما ﴾ •

﴿ الشرح ﴾ نص الشافعي رضي الله عنه في البويطي على أنه لا يجوز بيع الخبز بالحنطة ونقله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ عن نصه في الصرف وجزم به هو والشيخ أبو حامد والماوردي والقاضي حسين والرافعي وغيرهم للعتين اللتين ذكرهما المصنف وهما في الحقيقة متحدتان لأن مخالطة الماء ودخول النار كل منهما صالح لأن يكون علة للبطلان وحده • قالوا وربما خلط في الخبز أيضاً بورق ولما نقل الامام رواية ابن مقلاص وجعلها في أن السويق مخلف للحنطة والدقيق مجانس لها قال وعلى هذا الخبز يخاف الحنطة ويجب أن يخالف الدقيق والسويق أيضاً فاقتضى هذا الكلام اثبات خلاف في بيع الخبز وحكى عن أصحاب أبي حنيفة أنهم قالوا يجوز بيع الخبز بالحنطة متفاضلاً وهو قياس قول أبي ثور كما قاله في الحنطة بالدقيق •

﴿ فرع ﴾ وهكذا الدقيق بالخبز لا يجوز ومن صرح به بخصوصه الفوراني وقد تقدم ما قلناه من كلام الامام وكذلك نقل المنع في ذلك ابن المنذر عن الشافعي ونقل عن مالك والليث بن سعد وأبي ثور واسحق وسفيان الثوري جوازه وقال احمد لا يعجبني •

عليها بخلاف ما إذا مات المقر وفسر الوارث وادعى انقر له زيادة حيث يحلف الوارث على نفي ارادة الموروث لأنه قد يطلع من حال مورثه على ما لا يطاع عليه غيره قال صاحب التهذيب ومثله لو أوصى بمجمل ومات فبينه الوارث فزعم الموصي له أنه أكثر يحلف الوارث على نفي العلم باستحقاق الزيادة ولا يتعرض للارادة والفرق أن الاقرار اخبار عن سابق وقد يعرض فيه اطلاق والوصية انشاء أمر على الجهالة وبيانه إذا مات الموصى إلى الوارث وان كان ما ادعاه من غير جنس مافسر به المقر نظر ان صدق في الارادة وقال ليس لي عليه مافسر به إنما لي عليه كذا بطل حكم الاقرار برده وكان مدعياً في غيره وان كذبه في دعوى الارادة وقال إنما أراد ما ادعيت حلف المقر على نفي الارادة ونفي ما يدعيه ثم إن كذبه في استحقاق المقر به بطل الاقرار فيه والا ثبت ولو اقتصر المقر على نفي دعوى الارادة وقال ما أردت بكلامك مافسرتة وانما أردت كذا اما من جنس المقر به أو من غيره لم يسمع منه ذلك لأن الاقرار والارادة لا يثبتان حقاً له بل الاقرار اخبار عن حق سابق وعليه أن يدعى الحق لنفسه وقال الامام وفيه وجه ضعيف أنه تقبل دعوى الارادة المجردة وهو كالخلاف فيمن ادعى على خصمه أنه أقر بألف درهم هل تسمع منه أم عليه أن يدعى بهين الألف (وقوله) في

﴿ فرع ﴾ قال الرافعي يجوز بيع الحنطة وما يتخذ منها من الطعومات بالنخالة لأنها ليس مال ربا وقبل الروياني بأن تكون النخالة صافية عن الدقيق وهذا هو المراد وكذا بيع المسوسة بالمسوسة إذا لم يبق فيها شيء لب قاله في التثمة والبحر قال في البحر لأنه نخالة وقال في تعليق القاضى حسين في أحد الوجهين وإن كان لا يجوز السلم فيها ولذلك يجوز بيع المسوسة التي لا لب فيها بغير المسوسة قاله في ^(١) والبحر أيضاً ومن الواضح أن شرط ذلك أن يكون للمسوسة قبة والا فيمتنع بيعها مطلقاً وقال الامام ان الحنطة المسوسة إذا قربت من المفقودة ظاهر قول الأئمة جواز بيع بعضها ببعض وإنما راعوا في هذه طرد النظر إلى طرد القول في الجنس لسر النظر في تفصيل الحنطة التي تتمادى زمان احتكارها وأعل هذا قبل أن تناكل فأما إذا تناكلت وخامت أجوافها ففيها نظر عندنا فإن الأئمة أطلقوا بيع المسوسة بالمسوسة والمسوسة هي التي بدأ التناكل فيها والقياس القطع بالمنع إذا الحنطة الملقية لا يباع بعضها ببعض لما فيها من التجاني الحاصل بالقلى انتهى وإذا تأملت ما قاله الامام وجدته لم يلاحظ أن المسوسة خارجة عن الربا البتة بخلاف ما قاله المتولي والرافعي والتحقيق في ذلك انه ان فرضت المسوسة لاشيء في جوفها البتة فهذه مخالفة ولا ربا فيها وإن فرض أن السوس كثير فيها بحيث قربت

(١) يياض
بالاصل فحرر

الكتاب لم تقبل منه دعوى الارادة بل عليه أن يدعى نفس العشرة ربما يفهم منه أن دعوى الارادة لا التفات اليها أصلاً وليس كذلك وإنما المراد أنها وحدها غير مسموعة فأما إذا ضم اليها دعوى الاستحقاق فيحاف انظر على نفيهما على التفصيل الذي تبين الذي اتفقت النقلة عليه ويدل عليه من انظر الكتاب قوله والقول قول المقر في نفي الارادة ونفي الزوم والكن فيه كلام وهو انا حكينا في البيع وجهين وهو أن المشتري إذا ادعى عيباً قديماً بالمبيع وقال البائع بعته أو قبضته سلماً يلزمه أن يحلف كذلك أم يكفيه الاقتصار على أنه لا يستحق به الزد فليجي ههنا وجه أنه يكفي نفس الزوم ولا يحتاج إلى التعرض للارادة *

﴿ فرع ﴾ لو مات المبيع قبل التفسير طوالب به الوارث فإن امتنع فقولان (أحدهما) أنه يوقف مما ترك أقل ما يتمول (وأظهرهما) أنه يوقف الكل لأن الجميع وإن لم يدخل في التفسير فهو مرتين بالدين *

قال ﴿ الثاني إذا قال على مال يقبل بأقل ما يتمول ولا يقبل بالكل وجلد الميتة * والظاهر قبول المستولدة * ولو قال مال عظيم أو نفيس أو كثير أو مال وأى مال كان كما لو قال مال وحمل على عظم الرتبة بالاضافة * فلو قال مال أكثر من مال فلان أو مما شهد به الشهود على فلان قبل تفسيره بما دونه * ومعناه أن الدين أكثر بقاء من الدين أو الحلال أكثر من الحرام ﴾ *

من العفن فهذه الاختلاف فيها أشد من الاختلاف في الدقيق فيمتنع بيع بعضها ببعض وإن فرض أنه كما بدا التأكل فيها الذي لا يحصل معه تفاوت غالباً فيصح وتكون كالحنطة التي قد طال احتكاكها وينزل كلام الإمام وما نقله عن الأئمة على هذا والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع خبزه بخبزه لأن ما فيه من الماء والملح يمنع من العلم بالتأكل فنفع جواز المقد ﴾ *
 ﴿ الشرح ﴾ المراد الخبز بالخبز إذا كانا لينين فلا يجوز قال الشيخ أبو حامد بخلاف على المذهب لما ذكره المصنف ولأن أصل ذلك السكيل ولا يمكن اعتبار السكيل فيه * وافق الأصحاب على ذلك القاضي أبو الطيب والحاملي والماوردي والقاضي حسين والرافعي * ومن وافق الشافعي على ذلك عبيد الله بن الحسن نقله ابن المنذر ونقل عن مالك أنه إذا تحرى أن يكون مثلاً بمثل فلا بأس به وإن لم يوزن وبه قول الأوزاعي وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا بأس به قرصاً بقرصين ولذلك إذا كان أحدهما ليناً والآخر يابساً لا يجوز أيضاً ومن صرح به ابن الصباغ في الشامل والجرجاني في البلغة والشافعي ولك أن تدرجه في كلام المصنف رحمه الله تعالى فإنه أطلق المنع في الخبز بالخبز ثم ذكر بعد هذا الخلاف في الجافين خاصة كما سيأتي فكان ماسوى ذلك

في الفصل ثلاث صور (أحدها) إذا قال له على مال قبل تفسيره بأقل ما يتمول ولا يقبل بما ليس بمال كالكسب وجالد الميتة والوجه القبول بالثمرة الواحدة ولو كان بحيث يكثر الثمر وتوجيهه أنه مال وإن لم يتمول في ذلك الموضع هكذا يذكره العراقيون ويقولون كل ما يتمول مال ولا ينعكس وتلتحق الحبة من الحنطة بالثمرة الواحدة وفي قبول التفسير بالمستولدة وجهان حكاهما الشيخ أبو محمد (أظهرهما) وهو اختيار الشيخ القبول لأنه ينتفع بها وتستأجر وإن كانت لا تباع وإن فسر بوقف عليه فيشبه أن يخرج على الخلاف في أن الملك في الوقف هل له وقوف عليه (الثانية) إذا قال على مال عظيم أو كبير أو كثير أو جليل أو نفيس أو خطير أو غير تافه أو مال وأى مال قبل تفسيره بأقل ما يتمول لأنه يحتمل أن يريد به عظيم خطره يكفر مستحله أو وزر غاصبه والخائن فيه وقد قال الشافعي رضي الله عنه أصل ما أبى عليه الاقرار أن لا الزم إلا اليقين وأطرح الشك ولا استعمل الغلبة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يقبل في العظيم والكثير أقل من عشرة دراهم ويروى مائتا درهم وساعدنا في الجليل والنفيس والخطير وعن مالك رحمه الله أنه لا يقبل التفسير بأقل مما تقطع فيه يد السارق وذهب بعض الأصحاب فيما حكاه القاضي الحسين وغيره إلى أنه يجب أن يزيد تفسير المال العظيم على تفسير مطلق المال ليكون الوصف به بالعظيم فائدة واكتفي بعضهم بالعظيم من حيث

مندرجاً في كلامه والله أعلم * وعن أحمد أنه يجوز بيع الخبز بالخبز متماثلين لأن معظم منفعتها في حال رطوبتهما فصار كالابن باللبن وفرق أصحابنا بالتفاوت في حال الكمال والادخار فإنه موجود في الخبز بخلاف اللبن ولو كان الخبز من جنسين جاز يداً بيد صرح به الصيمري في الكفاية والماوردي في الحاوي ولم يلاحظ ما فيه من الماء والملح لاستهلاكه وليس ذلك من صورة مدحجة للممتعة كما تقدم التنبيه عليه أنه إذا بيع الشيء بغير جنسه كقمتح بالشعير وفي كل منهما حبات من الآخر لا تقصد يصح وإن كان ذلك مؤثراً في التماثل وحكي ابن الرفعة عن القاضي حسين أن الأصح الصحة ولا مبالاة بما فيهما من الماء والملح لأن ذلك مستهلك فيهما قل ابن الرفعة وهذا الخلاف الذي اقتضاه كلام القاضي لا وجه له والصواب الجزم كما في القمتح بالشعير إذا كان في كل منهما شيء لا يقصد من الآخر والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان جنف الخبز وجعل فتيناً وبيع بعضه ببعض كيلاً ففيه قولان (أحدهما) لا يجوز لانه لا يعلم تساويهما في حال الكمال فلم يجوز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالرطب (والثاني) أنه يجوز لانه مكيل مدخر فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر ﴾ *

الجزم والجنمة ولو قال على مال قليل أو حقير أو خسيس أو طفيف أو نافع أو نذر أو يسير فهو كما لو قال مال وتحمل هذه الصفات على استحقاق الناس إياه أو على أنه فان زائل فكثيره بهذا الاعتبار قليل وقليله بالاعتبار الأول كثير (وقوله) في الكتاب وحمل على عظم الرتبة بالاضافة إلى أحوال الناس وطباعهم فقد يستعظم الفقير ما يستحقه السرى (الثالثة) قال لزيد على مال أكثر مما لفلان قبل تفسيره باقل ما يتمول وان كثر مال فلان لانه يحتمل أن يريد به أنه دين لا يتطرق اليه الهلاك وذلك دين متعرض لهلاك أو يريد أن مبلز يد على حلال ومال فلان حرام والقليل من الحلال أكثر بركة من الحرام وكما أن القدر مبهمة في هذا الاقرار فكذلك الجنس والنوع مبهمان ولو قل له على أكثر من مال فلان عدداً فلا بهام في الجنس والنوع ولو قل له على من الذهب أكثر مما لفلان فلا بهام في القدر والنوع ولو قل من صحاح الذهب فلا بهام في القدر والنوع ولو قل من الذهب فلا بهام في القدر وحده ولو قال لزيد على أكثر مما شهد به الشهود على فلان قبل تفسيره باقل ما يتمول أيضاً لاحتمال أن يعتقد أنهم شهدوا زوراً ويريد أن القليل من الحلال أكثر بركة ولو قل أكثر مما قضى به القاضي على فلان فوجهان (أحدهما) أنه يلزمه القدر المقضي به لأن قضاء القاضي محمول على الصدق والحق (وأظهرهما) أنه كما قال أكثر مما شهد به الشهود لأن قضاء القاضي قد يستند إلى شهادة الزور والحكم الظاهر لا يغير ما عند الله تعالى ولو قال لفلان على أكثر مما في يد فلان قبل تفسيره

﴿ الشرح ﴾ القولان نقلهما الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والحاملي ونصر المقدسي وابن الصباغ وحكماهما الماوردي وجبين وعن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ قول المنع إلى نصه في الصرف وعناه الحاملي إلى الام وعناه الروياني إلى عامة كتبه وأما قول الجواز فرواه القاضي أبو الطيب والحاملي وابن الصباغ والروياني في رواية حرمة قل الرافعي ورواه الشيخ أبو عاصم العبادي وآخرون عن رواية ابن مقلص (قلت) ونقله القاضي حسين عن القديم ورفضه في الكعك المدقوق بالكعك المدقوق وقال ولعله إنما جوز ذلك رخصة للمساكين لانه أغلب قوتهم وزادهم وأما رواية القاضي حسين هذه فيتمثل أن تكون غير الرواية المنسوبة لحرمة ولا يلزم طردها في الحب كما قل القاضي ولا في غير الشعر وأما رواية حرمة ونقل الشيخ أبي عاصم لها عن ابن مقلص فإن كان ابن مقلص هو عمر بن عبد العزيز بن عمران بن مقلص فلا تنافي فانه توفي سنة خمس وثمانين ومائتين ولم يدرك الشافعي فله من الرواية عن حرمة هذا ان كان المراد ابن مقلص عمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنه المذكور وهو لدى قله في طبقات الفقهاء المنسوبة لابن الصلاح والنووي ونسب الرواية لذكر كورة اليه وقال النووي في تهذيب الأسماء وان كان أبوه عبد العزيز هو المراد وهو الأقرب فانه صاحب الشافعي ومن روى عنه فله وحرمة كلاهما روياه وجعل إمام الحرمين رواية ابن مقلص أنه يجوز بيع الحنطة

بأقل ما يتمول كما لو قل من مال فلان ولو قل له على أكثر مما في يد فلان من الدراهم لا يلزم التفسير من جنس الدراهم لكن يلزمه بذلك العدد من أي جنس شاء وزيادة بأقل ما يتمول هكذا ذكره في التهذيب لكنه يخاف ماسق من وجبين (أحدهما) الترام ذلك العدد (والثاني) الترام زيادة عليه فان التأويل الذي تقدم الأكثرية يتبعهما جميعاً ولو قل على من الدراهم أكثر مما في يد فلان من الدراهم وكان في يد فلان ثلاثة دراهم فجواب صاحب التهذيب أنه يلزمه ثلاثة دراهم وزيادة بأقل ما يتمول (والأظهر) ما نقله الامام رحمه الله وهو أنه لا يلزمه زيادة حملاً للأكثر على ماسق وحكي عن شيخه أنه لو فسر بما دون الثلاثة يقبل أيضاً ولو كان في يده عشرة دراهم وقال المقر لم أعلم وطننت أنها ثلاثة قبل قوله مع يمينه (وقوله) في الكتاب إذ الحلال أكثر من الحرام أي أكثر بركة أو رغبة وما أشبه ذلك *

قال ﴿ الثالث إذا قل له على كذا فهو كلشي * وإذا قل كذا كذا درهم فهو تكرار * ولو قل كذا درهم (ح و) يلزمه درهم واحد * وكذلك كذا وكذا (ح) درهم * ولو قل كذا وكذا درهما قل للزني رحمه الله قولين (أحدهما) أنه تفسير لهما فهما دراهم (ح) (والثاني) أنه درهم (ح و) واحد * وهذا في قوله درهما بالنصب * وفي قوله درهم بالرفع الأصح انه درهم واحد *

بالسويق وجعلها جنسين كما تقدم لكنه قال بعد ذلك وعلى هذا الخبر يخالف الحنطة وعلل الشيخ أبو حامد والفوراني المنع بأنه طعام وملح بطعام وملح وذلك لا يجوز وهذا بعيد لأن مافيهما من الملح في الكيل فهو كبيع القمح وفيهما حبات شعير يسيرة وذكر المحاملي أن المعنى الذى علل به المصنف أصح لكنه جعل الأصل في ذلك الدقيق بالدقيق لخروجه نفسه وأما في علته وهو قوله عليه السلام « أينقص الرطب إذا جف » والصحيح من القولين الأول وهو أنه لا يجوز ومن صحح ذلك المحاملي في المجموع والماوردي ولولا أن الوجه الآخر مشهور من قول أصحابنا لكان أغفاله أولى لخالفته النص ومنافة المذهب وكذلك قال في البحر انه المذهب قال وقال القفال يحتمل غير هذا على المذهب وأعل ذلك قول مرجوع عنه والجمهور على إثبات القولين وقال الفوراني من أصحابنا من جعل المسألة على قولين ومنهم من قال بل قول واحد لا يجوز ولا يثبت عن الشافعي جواز ذلك وهذا كله إذا دق الخبر أما إذا كان جافاً غير مدقوق فلا يجوز كما قضاة كلام المصنف والأصحاب وبه صرح الروياني وأغرب الجرجاني في الشافعي فقال انه يجوز بيع يابسه بياسه على أصح القولين ان لم يكن فيه ملح وهذا مع غرابته وبعده محمول على ما إذا كان مدقوقاً كما فرض المصنف ليكون محل القولين والعراة في تصحيحه الجواز وجزم بأنه لا يجوز إذا كان فيهما أو في أحدهما ملح قد تقدم الكلام فيه مع الشيخ أبي حامد

إذا قال لفلان على كذا فهو كما لو قال شئ* ويقبل تفسيره بما يقبل به تفسير الشئ* ولو قال كذا كذا فهو كما لو قال كذا والتمكر اللفظ كيد لا لتحديد ولو قال كذا وكذا عليه التفسير بشيئين مختلفين أو متفقين يقبل كل واحد منهما في تفسير كذا من غير عطف وكذا لو قال على شئ* أو قل شئ* وشئ* ولو قال على كذا درهماً يلزمه درهم واحد وكان الدرهم تفسيراً لما أبهم وفي النهاية أن عند أبي حنيفة رحمه الله يلزمه عشرون لأنه أول اسم مفرد ينتصب الدرهم المفسر عقبه وإن أبا إسحق المروزي وافقه فيما إذا كان المقر عارفاً بالمرية وأجاب الأصحاب في أن تفسير الألفاظ المبهمة لا ينظر إلى الأعراب ولا توازن المبهمات بالمبينات بدليل أنه لو قال على كذا درهم صحيح لا يلزمه مائة درهم بالاتفاق وإن كانت الموازنة المذكورة تقتضى لزوم مائة والتقيد بالصحيح أثلاً يحمل على نصف درهم أو ثلث درهم لكن نقل البندنجي أن الطحاوي حكى عن بعض أصحاب أبي حنيفة أنه يلزمه مائة درهم والمشهور أنه لا يلزمه إلا درهم واحد كما هو قولنا ولو قال كذا درهم من غير صفة الصحة فكذلك وفيه وجه أنه يلزم بعض درهم وهو اختيار ابن الصباغ ولو قال كذا درهم بالرفع فلا خلاف أنه يلزمه درهم واحد ولو قال كذا درهم ووقف فهو كما لو خفض ولو قال كذا كذا درهم لم يلزمه أيضاً إلا درهم وقل أبو حنيفة رحمه الله يلزمه أحد عشر درهماً ووافقه أبو إسحق في العالم بالعربية ولو قال كذا وكذا

و بيان أن ذلك لا يضر لانه لا يؤثر في السكيال وأما قياسه على التمر فالفارق خروجه عن حالة الكمال بخلاف التمر أما إذا كان الخبز من جنسين فانه يجوز لانه قد تقدم الجواز في اللبنين المختانين الجنس ففي اليابس أولى ولا يضر ما فيها من الملح لان ذلك غير مقصود بالمقابلة ومنعه من التماثل ان فرض غير ضار لاجل اختلاف الجنس بخلاف ما إذا كان الجنس متحداً على ما تقدم من عملة الشيخ أبي حامد ﴿ فائدة ﴾ قال الامام بعد أن ذكر النصوص التي حكاهما المزني في المنشور وابن مقلاص والكرائسي اتفق أئمة المذهب على أنها لاتعد من متن المذهب وانما هي ترددات جرت في القديم وهي مرجوع عنها والمذهب ما مهدناه قبل هذا *

﴿ فرع ﴾ لا يجوز بيع الحنطة بالجريش أو العجين أو الهريسة أو الزلاية أو النشا أو الفتيت أو بشيء مما يتخذ منها ولا يبيع شيء من هذه الاشياء بعضه ببعض كالعجين بالعجين والنشا بالنشا ولا بالنوع الآخر كالديق بالسويق صرح بهذه الأمثلة القاضي حسين والماوردي ونصر المقدسي وغيرهم كل منهم ببعضها ولا الحنطة بالفالودج قال ابن عبد البر في التمهيد أجمعوا على أنه لا يجوز عندهم العجين بالعجين لا تماثلاً ولا متفاضلاً لا خلاف بينهم في ذلك وكذلك العجين بالديق اذا طبخ العجين وصار خبزاً جاز بيعه عند مالك بالديق متفاضلاً ومتساوياً لان الصناعة قد كملت فيه وأخرجته

درهم أو درهم فكذلك لا يلزمه إلا درهم ويحى في الحفض الوجه الذي مر ولو قال على كذا وكذا درهماً قال في المختصر عليه درهمين لأن كذا يقع درهم يعني لما وصل الخمس بالدرهم كان كل واحد من المعطوف والمعطوف عليه واقعاً على درهم وكناية عنه هكذا قال المزني وقال في موضع آخر إذا قال على كذا وكذا درهماً قيل اعطه درهماً أو أكثر من قبل ان كذا يقع على أقل من درهمين (وقوله) أكثر إذا فسر بأكثر من درهم لزمه والا فالدرهم تعيين هذا ما نقله المزني واختلف الاصحاب في المسألة على طريقين (أشهرهما) أنه على قولين وبه قول ابن خيران وأبو سعيد (وأصحهما) أنه يلزمه درهماً لأنه أقر بمثلين مهمتين وعقبتهم بالدرهم منصوباً والظاهر كونه تفسيراً (والثاني) وهو اختيار المزني أنه لا يلزمه الا الدرهم لجواز أن يريد تفسير اللفظين معاً بالدرهم وحينئذ يكون المراد من كل واحد نصف درهم ومنهم من زاد قولاً ثالثاً وهو أنه يلزمه درهم وشيء فاما الدرهم فلتفسير الجملة الثانية وأما الشيء فلأن الأولى باقية على إيهامها وهذا ينطبق على رواية من روى اعطه درهم وأكثر (والطريق الثاني) وبه قول أبو اسحق القطع بأنه يلزمه درهماً واختلفوا في نقل المزني والتصرف فيه من وجوه (أحدها) حمل ما نقل عن موضع آخر على ما إذا قل كذا وكذا درهم بالرفع كانه يقول وكذا والغرض أهمته درهم (الثاني) أنه حيث قال درهماً أراد ما إذا أطلق اللفظ وحيث

فما زعم أصحابه عن جنسه وقول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله في بيع الدقيق بالخبز كقول مالك رحمه الله وتقل العبدري عن مالك جواز بيع الدجين بالخبز وكذا اللحم النخيء بالطبوخ *

﴿ فرع ﴾ لا يجوز بيع الحنطة بالفالودج نص عليه الشافعي والأصحاب قال الشيخ أبو حامد وغيره ان الفالودج نشا وعسل ودهن فيكون قد باع طعاماً وغيره بطعام ولا يختص ذلك بهذا المثال بل كل ما عمل من الماء كقول لا يجوز بيعه بالماء كقول تقيه أبو الطيب عنه في الصرف وهي قاعدة متفق عليها بين الأصحاب فلا يجوز بيع الحنطة بالزلاية والهريسة *

﴿ فرع ﴾ تقل ابن عبد البر عن الشافعي لا يجوز بيع الشبرق بالشبرق *

﴿ فرع ﴾ وهذا كله في الجنس الواحد وأما عند اختلاف الجنس فجائز يجوز بيع البر بدقيق الشعير ودقيق البر بدقيق الشعير ودقيق أحدهما بسويق الآخر متفاضلاً يداً بيد صرح به القاضي حسين والماوردي وغيرهما وكذلك على المشهور في أن الأدم أجناس كذلك يقتضيه تعليل القاضي حسين وكذلك خبز البر بخبز الشعير جزم به الماوردي ولم يلاحظوا ما في الخبز من الماء والملح فيخرجه على قاعدة مدعجة لانه مستهلك فيه لا اعتبار به وفي تعليق القاضي حسين أن ذلك هو الصحيح وان فيه وجهان أنه لا يجوز *

قال درهم أراد به ما إذا نواه ويصرف اللفظ عن ظاهره بالنية (والثالث) أنه حيث قال درهم أراد ما إذا قال كذا وكذا درهم فشك ان الذي يلزمه شيئان أو شيء واحد (والرابع) أنه حيث قال يلزمه درهم صور فيما إذا قال كذا وكذا درهم وقال أبو حنيفة رحمه الله يلزمه احد وعشرون درهما للموازنة السابقة و به قال أبو اسحق في العارف بالعربية وخصص اختلاف الطرق وتفرق الأصحاب بغيره ولو قال كذا وكذا درهم باذرع فطريقان (أحدهما) طرد القولين لأنه يسبق إلى الفهم أنه تفسيرهما وان أخطأ في اعراب التفسير (وأصحهما) القطع بانه لا يلزمه الا درهم واحد لما سبق وكذا لو قال كذا وكذا درهم بالخفض لم يلزمه الا واحد ويمكن أن يخرج ما سبق أنه يلزمه شيء وبعض درهم أولاً يلزمه الا بعض درهم ولو قال كذا وكذا وكذا درهم (فان قلنا) لو ذكر مرتين لزمه درهمان فهنا يلزمه ثلاثة (وان قلنا) يلزمه درهم فكذلك ههنا وإذا عرفت ما ذكرناه أعلمت قوله ثم كذا درهماً يلزمه درهم - بالحاء والواو - كذهب اليه أبو اسحق وكذا قوله وكذا كذا كذا درهماً ويجوز اعلام قوله فهما درهمان وقوله أنه درهم في مسألة كذا وكذا درهماً بهما أيضاً (وقوله) وهذا في قوله درهماً بالنصب أي موضع القولين ذلك فلما اذاع فاصح الطريقتين القطع بلزوم درهم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع أصله بعصيره كالسمسم بالشيرج والعنب بالعصير لأنه إذا عصر الأصل نقص عن العصير الذي بيع به ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ امتناع بيع الشيرج بالسمسم كالمتفق عليه بين الأصحاب وكذلك كل دهن بأصله والعنب بعصيره سواء كان العصير مثل مافي الأصل أو أكثر منه أو أقل وأصل ذلك قاعدة مدعوجة وذلك المأخذ ظاهر في السمسم بالشيرج وفي السمسم بشيرج وكسب وهما مقصودان وأما العنب فالتفل الذي يبقى بعد العصير فإن السمسم فيه شيرج وكسب وهما مقصودان فيكون بيعه

قال ﴿ ولو قال طلى الف ودرهم فالألف مبهم وله تفسيره بما شاء بخلاف ما لو قال الف وخمسة عشر درهماً أو ألف ومائة وخمسة وعشرون درهماً فإن الدرهم لم يثبت بنفسه فكان تفسيراً للكل ولو قال درهم ونصف ففي النصف خلاف ﴾ *

إذا قال لقان على الف ودرهم أو دراهم أو ألف وثوب أو ألف وعبد فهذا عطف مبين على مبهم فله تفسير الألف بغير جنس المعطوف وقال أبو حنيفة رحمه الله إن كان المعطوف مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً يفسر الألف به وإن كان منقوماً كالثوب بالعبد بقي على إبهامه * لنا القياس على ما سلمه وعن مالك رحمه الله مثل مذهبننا * واختلف أصحاب أحمد فمنهم من ساعدنا ومنهم من قال يفسر بالمعطوف بكل حال * ولو قال خمسة عشر درهماً فالكل دراهم لأنه لا عطف وإنما هما اسمان جعلوا واحداً فالمدكور تفسير له ولو قال خمسة وعشرون درهماً فظاهر المذهب أن الكل دراهم لأن لفظ الدراهم فيه لا يجب به شيء زائد بل هو تفسير لبعض الكلام والكلام يحتاج إلى التفسير فيكون تفسيراً للكل وقال ابن خيران والاصطخري الخمسة مجملة والعشرون مفسرة بإسراهم لمكان العطف وعلى هذا الخلاف قوله مائة وخمسة وعشرون درهماً وقوله ألف ومائة وخمسة وعشرون درهماً وألف وثلاثة أثواب ومائة وأربعة دنانير وقوله مائة ونصف درهم * ولو قال درهم ونصف أو عشرة دراهم ونصف فوجهان أيضاً (قال) الاصطخري وجماعة من الأصحاب النصف مبهم لأنه معطوف على ما تقدم مفسر به فلا يتأتى فيه (وقال) الأكثرون الكل دراهم لجرىان العادة به حتى أنه من قال درهم ونصف درهم عد ذلك تطويلاً لمنه زائداً على قدر الحاجة * ولو قال نصف ودرهم فالنصف مبهم ولو قال مائة وقفيز حنطة فالمائة مبهمة بخلاف قوله مائة وثلاثة دراهم لأن الدراهم تصلح تفسيراً للكل والحنطة لا تصلح تفسيراً للمائة لأنه لا يصلح أن يقال مائة حنطة ولو قال على ألف درهم برفعها وتنويزها فسر الألف بما لا ينقص قيمته عن درهم كأنه قال الألف بما قيمة الألف منه درهم *

بالشیرج من قاعدة مد عجوة والغنب كذلك فيه مائة وغيرها ومما مقصودان وان كان بعد العصور لا يبتى التفل مقصوداً والمصنف عال بما يعني يشمل ما يكون المقصود منه منحصراً في دهنه وعصيره ولا يظهر هذا المعنى كل الظهور فيما جزاه مقصودان بل المانع تخريجه على قاعدة مد عجوة ومن أمثلة المسألة بيع الجوز بما يتخذ منه من الدهن واللب والسكسب لا يجوز ذكره انقضى حسين وكذلك بيع دهن الجوز بلبه ذكر القاضى حسين أنه يجوز وهكذا دهن اللوز بلبه يجب أن لا يجوز ورأيت في تعليق القاضى حسين أنه يجوز وهو محمول على غلط النسخة التي رأيتها بيع الزيت بالزيتون وقد صرح بمنعه في تعليق الطبرى عن ابن أبي هريرة وغيره والحاوى وعلاه بأن فيه مائة فالتماثل معدوم وقال ابن أبي هريرة وغيره عند أهل العراق ذلك جائز إذا كان الزيتون أكثر من الزيت قال وهذا

قال في الرابع إذا قال على درهم يلزمه درهم فيه ستة دنانير عشرة منه تساوى سبعة مثاقيل وهي دراهم الاسلام * فان فسر بالناقص في الوزن متصلاً قبل (ح) * وان كان منفصلاً لم يقبل إلا إذا كان التعامل به عادلاً ففيه وجهان * وعليه يخرج التفسير بالدرهم المعشوشة * ولو فسر بالفلس لم يقبل بحال * وكذا لو قال على دراهمات أو دراهم صغار وفسر بالتأنيص لم يقبل * ولو قال على درهم يلزمه ثلاثة *

ذكرنا في الزكاة ان الدرهم الاسلامي المعتبر به نصب الزكاة والديات وغيرها عشرة من الدراهم سبع مثاقيل وكل واحد منها ستة دنانير ونزيد الآن ان كل دنانير ثمان حبات وخمسة حبة فيكون الدرهم الواحد خمسين حبة وخمسة حبة والمراد من الحبة حبة الشعير للتوسطة التي لم نقشر لكن قطع من طرفها مادي وطال والدينار اثنان وسبعون حبة منها كذا نقل عن رواية أبي عبيد القاسم وحكاها الخطابي عن ابن سريج وفي حلية الرويانى ان الدنانير ثمان حبات فعلى هذا يكون الدرهم ثمانية وأربعون حبة * إذا عرفت ذلك ففي الفصل مسائل (احداها) إذا قال على درهم أو ألف درهم ثم قال وهي ناقصة فدراهم طبرية الاشام الواحد منها أربعة دنانير وأما أن يتنق الاقرار في بلد دراهمه ثمانية أو بلد دراهمه ناقصة ان كان الأول فاما أن يذكره منفصلاً أو متصلاً فان ذكره متصلاً فطريقان (أحدهما) القبول كما واستثنى وكأنه استثنى من كل درهم دنانير (والثاني) وبه قال ابن خيران أنه على قولين بناء على أن الاقرار هل يتبع بعض وقد يوجه القبول بما سبق وألغى بأن اللفظ صريح فيه وما كل لفظ يتضمن نقصاً يصلح للاستثناء ألا ترى أنه لو قال على ألف بل خمسمائة يلزمه الألف وان ذكره منفصلاً لم يقبل وعليه وزن درهم الاسلام إلا أن يصدق له المقر له لأن اللفظ الدراهم صريح في التقدير المعلوم وعرفت البلد مؤيد له واختار الرويانى أنه يقبل لأن اللفظ محتمل له والأصل براءة الدمة وحكاها عن جماعة من

خطأً والا لجاز بيع تمر غليظ النوى بتمر رقيق النوى متفاضلاً وبيع طحين السمس بطحين السمس وفيها الشيرج لا يجوز جزم به ابن أبي هريرة والماوردي وبيع الكسب إذا كان علفاً للدواب مثل كسب القرطم جاز متماثلاً ومتفاضلاً قال ابن أبي هريرة وإن كان يأكله الناس جاز وكيل فأما موازنة وفصل ابن أبي هريرة فقال يجوز جافاً كيلاً بكيل ولا يجوز وزناً ولا قبل الجفاف لأن أصله الكيل وأطلق الماوردي النقل عن ابن أبي هريرة فقال حكى عنه جواز بيع بعضه ببعض وأنه يجوز بيع الكسب بالكسب وزناً ثم رد عليه وقال لا يجوز بيعه لأمر لأن أصله الكيل ويخاف عصره فربما بقي من دهن أحدهما أكثر من الآخر وإن الكسب ماء وملح وذلك يمنع المائلة والزمه في ذلك بما وافق عليه من امتناع بيع طحين السمس بمثله والذي رأيته في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة ما حكيتة أولاً فحينئذ لا يرد عليه إلا كونه فيه ماء وملح وله أن يجيب عنه بأن الماء يزول بالجفاف وما فيه من الملح لا يضر كالخبز

الأصحاب وهو غريب وإن كان الثاني فإن ذكره متصلاً قبل لأن اللفظ والعرف يصدقان وإن ذكره منفصلاً فوجهان (أحدهما) لا يقبل ويحمل مطلق قراره على وزن الاسلام وهذا كما أن نصب الزكاة لا يختلف باختلاف البلاد (وأظهرهما) وهو المحكي عن نصه أنه يقبل حمل كلامه على نقد البلد لأن للعرف أثراً بيناً في تقييد الألفاظ بأهل العرف وصار كافي المعاملات ويجرى الخلاف فيما إذا أقر في بلد وزن دراهمه أكثر من وزن دراهم الاسلام مثل غزنة أنه يحمل إقراره على دراهم البلد أو على دراهم الاسلام (إن قلنا) بالأول فلو قال عنيت دراهم الاسلام منفصلاً لم يقبل وإن قاله متصلاً ففيه الطريقتان السابقة (والأصح) القبول مطلقاً وقد ذكرنا فيه خلافاً إذا كان الإقرار في بلد وزن دراهمه كامل (وقوله) وإن كان منفصلاً لم يقبل يجوز إعلامه - بالواو - كما قاله الروياني (الثانية) الدراهم عند الإطلاق إنما تستعمل في النقرة فلو أقر بدراهم وفسرها بالفلس لم يقبل والتفسير بالدراهم المغشوشة كالتفسير بالناقصة لأن نقرتها لا تبلغ وإن الدراهم فيعود فيه التفصيل المذكور في الناقصة ولو فسر بجنس ردى من الفضة أو قال أردت من سكة كذا وهي غير جارية في تلك البلد قبل كما لو قال على ثوب ثم فسر بجنس ردى أو بمالا يعتاد أهل البلد لبسه ويخالف ما لو فسر بالناقصة لأنه يرفع شيئاً مما أقر به وههنا بخلافه ويخالف البيع حيث يحمل على سكة البلد لأن البيع انشاء معاملة والغالب أن المعاملة في كل بلد تقع بما يروج فيها ويتعامل الناس بها والإقرار اخبار عن سابق ربما ثبت بمعاملة في تلك البلدة وربما ثبت بنيره فوجب الرجوع إلى إرادته ولأنه لا بد من صيانة البيع عن الجهالة والحمل على ما يروج في البلد أصح طريق تنتفي به الجهالة والإقرار لا تجب صيانتها عن الجهالة وقال الزنى لا يقبل تفسيره بنير سكة البلد وحكاها الشيخ أبو حامد عن غيره من الأصحاب (الثالثة) إذا قل على دريهم أو دريهمات أو درهم صغير أو درهم صفار ففيه اضطراب رواية الذي ذكره الامام رحمه الله وصاحب الكتاب أنه كما لو

الجاف فقد اختار الماوردي فيه وجه الصحة ولا فرق بينهما والرافعي لا يلزمه ذلك لأنه صحح في مسألة الخبز الجاف أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض وبيع التمر بعصير الرطب لا يجوز قاله الروياني فكذلك بالخل من الرطب (قلت) وعلى قياس ذلك بيع العنب بخل الزبيب لا يجوز قال نصر وكذلك السمسم بالطحينة والطحينة بالشيرج لا يجوز * وكذلك لا يجوز بيع كسب السمسم بالسمسم قاله الرافعي ولا بيع دهن الجوز بلب الجوز قاله الرافعي قال الرافعي وذكر الامام اشكالا وطريق حله أما الاشكال فهو ان السمسم جنس في نفسه لأنه دهن وكسب واللبن جنس في نفسه لا انه سمن ومخيض ولهذا جاز بيع السمسم بالسمسم واللبن باللبن وان كان لا يجوز بيع الدهن والكسب بالدهن والكسب وبيع السمن بالدهن كما يجوز بيع السمسم بالسمسم وأما الحل فانه إذا قوبل السمسم بالسمسم واللبن باللبن فالعوضان

قال درهم أو دراهم فيعود في التفسير بالنقص التفصيل السابق وليس التقييد بالصغر كالتيقيد بالنقصان لان لفظ الدراهم صريح في الوزن والوصف بالصغر يجوز أن يكون من حيث الشكل ويجوز أن يكون بالاضافة الى الدراهم البغلية وساعدهما صاحب التهذيب على ما ذكره في دريهم وقال في قوله درهم صغير ان كان بطبرية لزمه نقد البلد وان كان ببلد وزنه وزن مكة فعليه وزن مكة وكذلك ان كان بفزنة ولك أن تقول الجواب فيما اذا كان بطبرية لا يلائم الجواب فيما اذا كان بفزنة لأنه اما أن يعتبر اللفظ أو عرفت البلد ان اعتبرنا اللفظ فيجب الوزن بالطبرية وان اعتبرنا عرف البلد فيجب نقد البلد نقرة وقال الشيخ أبو حامد ومن تابعه اذا قال دريهم أو درهم صغير لزمه درهم من الدراهم الطبرية لأنها أصغر من دراهم الاسلام وهي أصغر من البغلية على ما بينا في الزكاة فهي صغر الصغيرين باليقين فيؤخذ باليقين ولم يفرق بين بلدة و بلدة ويشبه أن يكون الاظهر من هذه الاختلافات ما تضمنه الكتاب ولانا لا نفرق بين أن يقول مال وبين أن يقول مال صغير وكذلك في الدراهم وهو ظاهر ما ذكره في المختصر ولو قال على درهم كبير فعلى قياس ما في الكتاب هو كما لو قال درهم ونقله الشيخ أبو حامد وهو أوقع وقال في التهذيب ان كان ببلد وزنه وزن مكة أو طبرية لزمه وزن مكة وان كان بغيره لزمه من نقد البلد وفيه الاشكال الذي ذكرناه (الرابعة) عرفت أن قدر الدراهم وجنسه ماذا أما من حيث العدد فإذا قال على دراهم يلزمه ثلاثة ولا يقبل تفسيره بأقل منها وكذلك لو قال على دراهم كثيرة أو عظيمة ويحى فيه الوجه المذكور في المال العظيم والكثير ولو قال على أقل اعداد الدراهم لزمه درهمان لأن العدد هو المعدود وكل معدود متعدد فيخرج عنه الواحد ولو قال على مائة درهم عدداً لزمه مائة درهم بوزن الاسلام صحاح قال في التهذيب ولا يشترط أن يكون كل واحد ستة دنانق وكذلك في البيع ولا يقبل مائة من العدد ناقصة الوزن

متجانسان في صفتهم الناجزة فلا ضرورة إلى تقدير تفريق الأجزاء وتصوير ما يكون حينئذ وإذا
 قبول السمس بالدهن فلا يمكننا جعل السمس مخالفاً للدهن مع اشتمال السمس على الدهن وإذا
 ارتفعت المخالفة جاءت المجاسة ولا شك أن مجاستهما في الدهنية فنضطر إلى اعتبارها وإذا اعتبرناها
 كان كل بيع دهن وكسب بدهن هكذا قال الامام وألم بالماوردى بشيء من ذلك أيضاً وفي النفس
 وقفة من قبول هذا الجواب وما الضرورة الداعية إلى تقدير لا يدل عليه دليل (واعلم) أن هذه المسئلة
 كالجزوم بها في المذهب وقال زأيت في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة بعد أن قال ان بيع الدقيق بالخنطة
 لا يجوز قال وكذلك الزيت بالزيتون وحكي الكرايسى عن الشافعى أنه جائز وظاهر هذا الكلام
 أن منقول الكرايسى عائد إلى المسألتين جميعاً وأكثر الأصحاب انما تلقوا حكاية الكرايسى في

الا أن يكون نقد البلد غده ناقصة فظاهر المذهب القبول ولو قال على مائة عدد من الدراهم فهنا
 يعتبر العدد دون الوزن *

قال ﴿ ولو قال على من واحد إلى عشرة فالأصح أنه يلزمه تسعة وقيل ثمانية وقيل عشرة
 ولو قال درهم في عشر ولم يرد الحساب لم يلزمه إلا واحد ﴾ *

إحدى مسألتى الفصل إذا قال له على من درهم إلى عشرة ففيما يلزمه ثلاثة أوجه (أحدها)
 عشرة ويدخل الطرفان فيه كما يقال من فلان إلى فلان لا يرضى أحد بكذا (والثاني) تسعة لأن
 الملتزم زائد على الواحد والواحد مبدأ العدد والالتزام فيبعد إخراجهما عما يارمه (والثالث) ثمانية ولا
 يدخل الطرفان كما لو قال بعثك من هذه الجدار إلى الجدار لا يدخل الجداران في البيع والأول أصح
 عند صاحب التهذيب وقال الشيخ أبو حامد والعراقيون الأصح الثاني ووافقهم صاحب الكتاب
 واحتج له الشيخ أبو حامد بأنه لو قال لفلان من هذه النخلة إلى هذه النخلة تدخل النخلة الأولى
 في الاقرار دون الأخيرة وما ينبغي أن يكون الحكم في هذه الصورة كما ذكره هو كما لو قال بعثك
 من هذا الجدار إلى هذا الجدار (وقوله) في الكتاب ثمانية وعشرة معلان - بالخاء - لأن مذهب أبي
 حنيفة رحمه الله كالوجه الثاني وبه قال أحمد رحمه الله * ولو قال على ما بين درهم إلى عشرة فالمشهور
 أنه يلزمه ثمانية توجيهاً بأن ما بمعنى الذى كأنه قال له العدد الذى يقع بين الواحد والعشرة وهو صريح
 في إخراج الطرفين وذكره ابن الحداد حكاية عن نصه ونقل في المفتاح عن نصه أنه يلزمه تسعة
 ووجه بأن الحد إذا كان من جنس المحدود يدخل فيه فيضم الدرهم العاشر إلى الثمانية وحكى أبو خلف
 السلمى عن القفال أنه يلزمه عشرة والمقصود بيان غاية ما عليه فحصل في المسئلة ثلاثة أوجه كما في
 الصورة الأولى ولم يفرقوا بين أن يقول ما بين واحد إلى عشرة وبين أن يقول ما بين واحد وعشرة

للدقيق فان ثبت ذلك في الزيت مع الزيتون فهو جار في الشيرج مع السمسم وكل دهن مع أصله ووافقنا في هذه المسألة وهى الشيرج بالسمسم والزيت والزيتون مالاً وكذلك أبو حنيفة قال الا أن يعين يقينا ان ما في الزيتون من الزيت أقل مما أعطى من الزيت قال ابن المنذر وقول الشافعى أصح وكذلك لا يحوز العنب بالعصير ولا بالخل والدبس أو الناطى وغيرها مما يتخذ منه قاله القاضى حسين قال ابن جزم وما وجدنا عن أحد قل مالاً المنع من بيع الزيتون بالزيت ثم اتبعه عليه الشافعى وان كان لم يصرح به و فرق بينه وبين الرطب والتمر فان التمر هو الرطب بعينه إلا أنه يابس وكذلك العنب والزبيب بخلاف الزيت فانه شئ آخر غير الزيتون لكه خارج منه خروج اللبن من النعم والتمر من النخل و بيع كل ذلك بما خرج منه جائز بلا خلاف *

ور بما سوا بينهما ويحوز أن يفرق ويقطع بالثمانية فى الصيغة الأخرى (الثانية) اذ قال على درهم فى عشرة ان أراد الطرف لم يلزمه الا واحد وان أراد الحساب فعليه عشرة وان أراد المعية فعليه احد عشر درهماً وان أطلق لم يلزمه الا واحد أخذنا باليقين وفيما اذا قال أنت طاق واحدة فى اثنتين فى قول آخر أنه يحمل على الحساب وان أطلق لأنه أطهر فى الاء تعال وذلك القول عائد ههنا وان لم يذكروه ولفظ الكتاب يفقر الى تأويل لانه حكم بأنه لا يلزمه الا واحد اذا لم يرد الحساب وله شرط وهو أنه لا يريد المعية *

قال ﴿ الخامس اذا قال له عندى زيت فى جرة أو سيف فى غمد لا يكون مقرأً بالطرف (ح) * ولو قل له عندى غمد فيه سيف أو جرة فيها زيت لم يكن مقرأً الا بالطرف * وعلى قياس ذلك قوله فرس فى اصطبل * وحمار على طهره اكاف * وعمامة فى رأس عبد ونظائره * ولو قال له عندى خاتم وجاء به وفيه فص وقال ما أردت الفص فالظاهر انه لا يقبل * ولو قال جارية فناء بها وهى حامل ففى استثناء الحمل وجهان *

الاضافة الى الطرف صور تبيينها فصول هذا النوع والاصل المقرر فيها أن الاقرار بالمطروف لا يقتضى الاقرار بالطرف وبالعكس أيضاً وأصل هذا الأصل البناء على اليقين فاذا قال لفلان عندى زيت فى جرة أو سيف فى غمد لا يكون مقرأً بالجرة والعمد وكذا لو قال ثوب فى منديل أو تمر فى جراب أو لبن فى كوز أو طعام فى سفينة لاحتمال أن يريد فى جرة أو منديل لى وكذا لو قال غصبت زيتاً ثم رأيناه فى جرة لا يكون مقرأً الا بعصب الزيت ولو قال عندى غمد فيه سيف أو جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر فهو اقرار بالطرف دون المطروف وعلى هذا القياس اذا قال فرس فى اصطبل أو حمار على طهره اكاف أو دابة عليها سرج أو زمام أو عبد على أسد عمامة أو فى وسطه منطقة أو فى رجله خف فلا

﴿ فرع ﴾ حب البان بالسيخة وهى ^(١) نقل ابن المنذر عن مالك أنه منع من ذلك ثم ترك ذلك وقال لا بأس بحب البان بالبان المطيب وقال أبو ثور لا بأس بالزيتون بالزيت والدهن بالسهم والعصير بالعنب واللبن بالسمن *

﴿ فرع ﴾ بيع لب الجوز بالجوز جائز قاله القاضى حسين وأما دهن الجوز بدهن اللوز فينبني على أن الأدهان جنس أو أجناس وبيع الجوز بلب اللوز أو بدهن اللوز قل القاضى حسين الصحيح أنه لا يجوز بعد ما جزم أولاً بالجواز كما تقدم الساعة والخلاف الذى أشار اليه لوجه له لانها جنسان ولا اشتراك بينهما وهو كما قاله فى بيع الرطب بخل العنب والعنب بخل الرطب وقد وقع البخث معه فيه ولا يجوز بيع الجوز بلبه قاله فى التهذيب وهو طاهر وحكم الجوز واللوز بما يتخذ منه حكم السهم بالشيرج ومن أمثلة المسألة بيع العنب بعصيره وخله ودبسه وغير ذلك مما يتخذ منه *

(١) يياض
بالاصل فحرر

يكون مقراً إلا بالداية والعبد وعند أبى حنيفة الاقرار بالماظروف فى الظرف يكون اقراراً بهما اذا كان مما يحرز فى الظرف غالباً كالزيت فى الحرة والتمر فى الجراب دون الفرس فى الاصطبل وقل صاحب التلخيص اذا قال عبد على رأسه عمامة أو عليه قميص أو فى رجله خف فهو اقرار بما مع العبد لأن العبد له يد على ملبوسه وما فى يد العبد فهو فى يد سيده فاذا أقر بالعبد للغير كان ما فى يده لذلك الغير بخلاف المنسوب الى الفرس وعامة الاصحاب على أنه لا فرق بينهما وذكر الامام رحمه الله أنه قال ذلك فى التلخيص وفى المفتاح أجاب بما يوافق قول الجمهور وهو بل جوابه فى المفتاح كجوابه فى التلخيص ولو قال عندى دابة مسرجة أو دار مفروشة لم يكن مقراً بالسرج ولا الفرش بخلاف ما اذا قال سرجها وفرشها وبخلاف ما لو قال ثوب مطرز لأن الطراز جزء من الثوب ومنهم من قال ان ركب عليه بعد النسج فهو على وجهين نذكرها فى أخوات المسألة ولو قال فص فى خاتم فهو اقرار بالفص دون الخاتم ولو قل خاتم فيه فص فى كونه مقراً بالنص وجهان (أصحهما) ما ذكره فى التهذيب أنه ليس بمقر لجواز أن يريد فيه نص لى فصار كالصورة السابقة (والثانى) أنه يكون مقراً بالنص لأن النص من الخاتم حتى لو باعه دخل فيه بخلاف تلك الصورة ولو اقتصر على قوله عندى خاتم ثم قال بعد ذلك ما أردت النص فقد ذكر صاحب الكتاب فيه وجهين (أحدهما) أنه يقبل منه لأن اسم الخاتم يطابق مع نزع النص (وأصحهما) الذى ينبغى أن يقطع به أنه لا يقبل لأن النص متناول باسم الخاتم فهو رجوع عن بعض المقر به ولو قال حمل فى بطن جارية لم يكن مقراً بالجارية وكذا لو قال نعل فى حافر دابة وعروة على ققمة ولو قل جارية فى بطنها حمل أو دابة فى حافرها نعل وققمة عليها عروة فوجهان كما فى قوله خاتم فيه فص ويشبه أن يترتب الوجهان فى مسألة الكتاب على الوجهين فى صورة الحمل وهى ما اذا قال هذه الجارية لفلان وكانت حاملاً

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ويجوز بيع العصير بالعصير إذا لم تنعقد أجزاؤه لانه يدخر على صفته فجاز بيع بعضه ببعض كازبيب بالزبيب ﴾

﴿ الشرح ﴾ عصير الشيء وعصارته ما انحلت منه ويقال العصير للعنب المعصور تقول عصرت العنب أعصره فهو معصور وعصير واعتصرته استخرجت ما فيه وقيل عصرته اذا وليت ذلك بنفسك واعتصرته اذا عصر لك خاصة حكى ذلك ابن سيده قال الاصحاب العصير يكون من العنب والسفرجل وعصير التفاح وقصب السكر وغير ذلك فاذا بيع بعضه ببعض فان كانا جنسين كعصير العنب بعصير القصب جاز متماثلا ومتفاضلا مطبوخا ونيئا وكيف كان يدايد وكذلك رب التمر ربب العنب وعصير الرمان بعصير السفرجل وعصير التفاح بعصير اللوز نص الشافعي والأصحاب على جميع ذلك وهو يدل على أن العصير أجناس وهو المشهور وبه جزم الحاملي ولما حكى الرافعي الوجه البعيد في أن الخلول والأدهان جنس واحد قال ويجرى مثله في عصير العنب مع عصير الرطب فعلى هذا لا يجوز التفاضل بينهما ولكن هذا الوجه ان ثبت فهو بعيد مردود وهذا إنما ذكره تجديداً للعهد بالنسبة إلى من قد يفهل عنه ومقصود المصنف رحمه الله تعالى في هذه المسائل كلها ليس إلا الجنس الواحد فاذا بيع العصير بالعصير من جنسه متمثلين كعصير العنب بعصير العنب وعصير التفاح بعصير التفاح وعصير السفرجل بعصير السفرجل وعصير الرمان بعصير الرمان وعصير الرطب بعصير الرطب وعصير قصب السكر بعصير قصب السكر وعصير سائر الثمار بجنسه (قلت) هذا ذكر جماعة من الأصحاب عصير الرطب وظنى أن الرطب لا عصيره والكلام في ذلك ان فرض وسيأتى تنبيهه في مسألة الخلول على ما وقع في كلام بعض

يتناول الاقرار الحمل فيه وجهان (أحدهما) نعم كما في البيع وبه أجاب الفقهاء (وأظهرهما) لا وله إن يقول لم أرد الحمل بخلاف البيع لأن الاقرار اخبار عن سابق وربما كانت الجارية له دون الحمل بان كان الحمل موصى به وسلم الفقهاء أنه لو قال هذه الجارية لفلان إلا حملها يجوز بخلاف البيع (فإن قلنا) الاقرار بالجارية يتناول الحمل ففيه الوجهان المذكوران في الصورة السابقة والا فيقطع بأنه لا يكون مقراً بالحمل كما إذا قال جارية في بطنها حمل ولو قال ثمرة على شجرة لم يكن مقراً بالشجرة ولو قال شجرة عليها ثمرة فليرتب ذلك على أن الثمرة هل تدخل في مطلق الاقرار بالشجرة وهي لا تدخل بعد التأخير كما في البيع وفي فتاوى الفقهاء أنها تدخل وهو بعيد وقبل التأخير وجهان (أظهرهما) وهو الذي أطلقه في التهذيب أنها لا تدخل أيضاً لأن الاسم لا يتناولها في البيع والبيع ينزل على المعتاد وذكر الفقهاء وغيره لضبط الباب أن ما يدخل تحت البيع المطلق يدخل تحت الاقرار وما لا فلا قال الفقهاء

الأصحاب في خل الرطب مما يجب التنبيه عليه فإن كانا مطبوخين أو أحدهما مطبوخاً فقد تقدم حكمه وأنه لا يجوز وإن كانا نيئين وهو مقصود المصنف جاز وبه جزم ابن القاص والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي والقفال والامام لما ذكره المصنف ولأن كمال منفعته في تلك الحالة فإنه يصلح لكل ما يراد منه من الدبس والرب وغيرهما فكان كاللبن باللبن وحكى الرافعي وجهاً أنه لا يجوز وإن العصير ليس بحالة كمال والأصح عند الرافعي و^(١) الأول قال القاضي حسين في بيع العصير بالعصير يعني عصير العنب بعصير العنب كنت أقول قبل هذا إنه يجوز وفي الآن عندى أنه لالاهما ما اتفقا في حال الكمال وكلام القاضي هذا يجري في جميع العصير لافرق بين عصير وعصير في ذلك وقد ذكر الروايات في عصير الرطب بعصير الرطب ولا ماء فيها وجهين (أحدهما) لا كالرطب بالرطب (والثاني) يجوز كاللبن باللبن وهكذا عصير الثمار من الرمان والتفاح وغيرها ومراده ما يشمل عصير العنب وغيره وهو إشارة إلى وجه القاضي حسين أو من وافقه والله أعلم *

(١) بياض
بالاصل فحرر

﴿ فرع ﴾ قل الشافعي في الأم في باب المزبنة الذي قبل كتاب الصلح ولا يجوز بيع الجلجلان بالشبرق إلى أجل ولا يدايد وفسر الاصحاب وأهل اللغة الجلجلان بالسسم وقال الجوهرى أنه ثمرة الكزبرة وقال أبو العوث هو السسم في قشره قبل أن يحصد وأما الشبرق فقال ابن فارس أنه نبت وقال الجوهرى وهو رطب الضريع *

﴿ فرع ﴾ إذا بيع العصير بالعصير فالمعتبر في معياره الكيل جزم به الحاملي والشيخ أبو محمد والرافعي والنووي *

﴿ فرع ﴾ قول المصنف رحمه الله إذا لم تنعقد أجزاؤه يفهم أنه إذا حوى بالنار اللطيفة بحيث لا تنعقد أجزاؤه يجوز بيع بعضه ببعض *

إلا الثمار المؤبرة وما ذكرنا من المسائل يقتضى أن يقال في الضبط ما لا يتبع في البيع ولا يتناول الاسم ففيه وجهان (وقوله) في الكتاب لا يكون مقراً بالطرف معلم - بالخاء - لأن عند أبي حنيفة رحمه الله الإقرار بالطرف في الطرف اقوار بهما إذا كان ذلك مما يحرز في الطرف غالباً كالتمر في الجراب والزيت في الحرة بخلاف الفرس في الاصطبل *

قال ﴿ ولو قال الف في هذا الكيس ولم يكن فيه شيء لزمه الألف ﴾ * فإن كان الألف ناقصاً يلزمه الاتمام عند القفال * ولا يلزمه عند أبي زيد للحصر * ولو قال الألف الذي في الكيس لا يلزمه الاتمام * فإن لم يكن فيه شيء فهل يلزمه الألف فوجهان ﴿ ﴾

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ ويحوز بيع الشيرج بالشيرج ومن أصحابنا من قل لا يحوز لأنه يخاطه الماء والمالح وذلك يمنع التماثل فمنع العقد والمذهب الأول لأنه يدخر على جهته فحاز بيع بعضه ببعض كالعصير وأما الماء والمالح فإنه يحصل في الكسب ولا ينصهر لأنه لو انصهر في الشيرج لبان عليه ﴾ •

﴿ الشرح ﴾ الشيرج بكسر الشين ^(١) والكسب (أما) حكم المسألة فهو كما ذكره المصنف والقائل من أصحابنا بأنه لا يحوز أبو اسحق الروزي وأبو علي بن أبي هريرة نقله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب ونصر القديسي عن الأول والمحال على الثاني لما ذكره المصنف ورد أصحابنا عليه بما ذكره المصنف وينبوا ذلك بأن الماء لو كان باقياً فيه لرسب إلى قرار الظرف الذي يكون فيه الدهن ولا يصح بقاء الملح بين أجزاء الدهن وصرح القاضي أبو الطيب بأن الجواز هو المذهب المنصوص عليه وحزم به جماعة منهم صاحب التهذيب • ثم إن الخلاف ابن أبي هريرة أو غيره خصص الخلاف في ذلك بالشيرج دون غيره من الأدهان لأنه رأى أن المعنى المذكور الذي عاين به ليس في بقية الأدهان قل الإمام تخصيص هذا بالشيرج لا معنى له قال الشافعي رحمه الله عنه في الام ولا يحوز إلا في شيء فان كان منه شيء لا ينصهر إلا مشوباً بغيره لم يحز أن يباع صنفه مثلاً بمثل لأنه لا يدري ما حظ المشوب من حظ الشيء للبيع بعينه الذي لا يحمل الفصل في بعضه على بعض والعجيب باتفاق الأصحاب الجواز ومن صححه نصر القديسي •

(١) بياض
بالاصل محرر

﴿ فرع ﴾ قل الامام لو اعتصر من اللحم مائة وثقي من اللحم مالا ينصهر بفعلها فاكل جنس واحد وليس كالدهن والكسب فانا نعلم أن في السمسم دهناً وثلاً في الخلقة واللحم كله في الخلقة شيء واحد •

إذا قال على الف في هذا الكيس لزمه سواء كان فيه شيء أو لم يكن فيه شيء أملاً لأن قوله على يقتضي لزوم ولا يكون مقراً بالكيس على ما عرفت وإن كان فيه دون الألف ففيه وجهان قال أبو زيد لا يلزمه إلا ذلك القدر لحصر المقربه وقال القفال يلزمه الاتمام كما أنه لو لم يكن فيه شيء يلزمه الألف وهذا أقوى ولو قال على الألف الذي في هذا الكيس فان كان فيه دون الألف لم يلزمه إلا ذلك القدر لجمعه بين التعريف والاصافة إلى الكيس وعن أبي علي وجه آخر ضعفوه أنه يلزمه الاتمام ويمكن أن يخرج هذا على الخلاف في أن الإشارة تقدم أم لا في نظر وإن لم يكن في الكيس شيء ففيه وجهان ويقال قولان بناء على ما إذا حاز ليشرب من ماء من هذا الكوز ولا ماء فيه هل تعتقد بعينه ويبحث أم لا •

﴿ فرع ﴾ جعل القاضي حسين دهن السمسم مكبلاً لأنه يستخرج من أصل مكبل وتبعه على ذلك صاحب التهذيب وكذلك السمن وما تعرض لكلام الشافعي في مسألة السمن فإنه يقتضي فيها خلاف ما قاله *

﴿ فرع ﴾ بيع دهن السمسم بدهن الجوز واللوز متفاضلاً ينبغي على أن الأدهان جنس أو أجناس قاله القاضي حسين وهو ظاهر لكنني أردت أنه على ذلك لأنه قد يتوهم أن الدهن اختص باسم الشيرج والله أعلم * وجزم في التهذيب في ذلك بالجواز لأنه لم يفرع إلا على أن الأدهان أجناس *

﴿ فرع ﴾ لا يجوز بيع الشيرج بالكسب قاله ابن الصباغ في الشامل وسيأتي الفرق بينه وبين بيع السمن بالخبيض وقال البغوي في التهذيب يجوز بيع دهن السمسم بكسبه متفاضلين لأههما جنسان وكذلك قال الثوري يجوز بيع الدهن بالكسب لأههما جنسان وكذلك الامام فان كسب السمسم يخالف جنس دهنه وفاقاً كما يخالف الخبيض السمن وكذلك الروياني في البحر مع تعرضه للاختلاف فقال يجوز بيع الدهن بالكسب لأههما جنسان وقال بعض أصحابنا لا يجوز لأنها لا تنفرد عن الدهن وإن قل فإن كان فيها دهن فلا يجوز وإن لم يبق فيها الدهن فلي ما ذكرنا يجوز وابن الرفعة حكى عن ابن أبي هريرة وجهاً في منع بيع كسب السمسم بالشيرج وأنه لا يطرد في غيره من الأدهان مع كسبه واستبعده الأصحاب وقال صاحب التتمة لا يجوز بيع الجوز بالكسب ولا بالدهن وبيع الدهن بالكسب جائز *

قال ﴿ ولو قال له في هذا العبد الف درهم إن فسر بارش الجناية قبل * وإن فسر بكون العبد مرهوناً فلا يظهر أنه يقبل * ولو قال وزن في شراء عشرة ألفاً وأنا اشتريت جميع الباقي بألف قبل ولا يلزمه إلا عشر العبد ﴾ *

إذا قال لفلان في هذا العبد الف درهم فهذا لفظ مجمل فيسأل عنه إن قل أردت أنه جني عليه أو هل ماله جناية أرشها الف قبل وتعلق الألف برقبته وإن قل أنه رهن عنده بألف على فنيه وجهان (أحدهما) أنه لا يقبل لأن اللفظ يقتضي كون العبد محلاً للألف ومحل الدين الزمة لا المرهون وإنما المرهون وثيقة له وعلى هذا إذا نازعه المقر له وأخذناه بالألف الذي ذكره في التفسير وطالبناه للاقرار الجلي بتفسير صالح (وأظهرهما) القبول لأن الدين وإن كان في الزمة فله تعلق ظاهر بالمرهون فصار كالتفسير بأرش الجناية ولو قال أنه وزن في شراء عشرة مثلاً ألفاً وأنا اشتريت الباقي بألف أو بما دون الألف قبل لأنه لا محتمل ولا يلزمه بهذا الاقرار إلا عشر العبد وإن قال أردت أنه وزن في ثمنه ألفاً قيل

﴿ فرع ﴾ شرط جواز بيع الشيرج بالشيرج أن لا يكون مغليا قلو أغلى بالنار لم يحز بيعه بمثله ولا بالنار وكذلك الزيت لا يباع منه الغلى بمثله ولا بالنار ويباع الزيت النىء بالشيرج المطبوخ يدأ بيد وصرح بذلك الصيمرى *

﴿ فرع ﴾ قال الرافعى الادهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والنيلوفر كلها مستخرجة من السمسّم فاذا قلنا يجرى الربا فيها جاز بيع بعضها ببعض إذا ربحى السمسّم فيها ثم استخرج دهته وان استخرج الدهن ثم طرحت أوراقها فيه لم يحز *

﴿ فرع ﴾ لا يجوز بيع طحين السمسّم وغيره من الحبوب التي يتخذ منها الادهان بطحينها وعبر الفورانى عن ذلك بعبارة أبين فقال السمسّم المدقوق بالسمسّم المدقوق لا يجوز كالديق بالديق فهذا والله أعلم مرادهم بطحين السمسّم وليس المراد الطحينية وان كان ذلك أيضاً لا يجوز كبيع الديق بالديق قاله الرافعى وهى قبل ذلك فى حالة كونها حبوباً كالاقتوات *

﴿ فرع ﴾ يجوز بيع كسب السمسّم بكسب السمسّم وزناً إن لم يكن فيه خايط فان كان فيه خلط لم يحز قاله البغوى والرافعى (قلت) أما إذا كان جافاً فظاهر وأما إذا كان رطباً فان كان ما فيه من الدهن مانعاً من التماثل لم يحز وان كان غير مانع من التماثل يجوز وأما كون الميعار فيه الوزن فيعكره على مألوه من أن ما استخرج من مكيل فهو مكيل إلا أن يقال ان ذلك لا يمكن كيده وأنه يتجافى فى المكىال *

﴿ فرع ﴾ ويجوز بيع العصير بخل الخمر لانهما يتساويا وانما اختلفا من حيث الحموضة والحلاوة فلا يمنع البيع كالتمر الطيب بالتمر غير الطيب قاله ابن الصباغ وخالف القاضى حسين فجزم بالمنع وقد وقع فى نسخة من نسخ المذهب هذه المسألة ولم تثبت فى أكثرها وكتب فى النسخة التى هى فيها أنها زيادة ﴿ فائدة ﴾ الملح مؤثثة تصغيرها مليحة قاله يعقوب بن السكيت فى كتابه ونقلته منه *

له هل وزنت شيئاً فان قال لا فالعبد كاه للمقر له وان قال نعم سئل عن كيفية الشراء أكان دفعة واحدة أم لا فان قال دفعة واحدة سئل عن قدر ما وزن فان قال وزنت ألفاً أيضاً فالعبد بينهما وان قال وزنت ألفين فثلثا العبد له والثلث للمقر له وعلى هذا القياس ولا نظر إلى قيمته خلافاً لما لك رحمه الله حيث قال لو كان يساوى ألفين وقد زعم أنه وزن ألفين والمقر له ألفاً يكون العبد بينهما بالسوية ولا يقبل قوله أنى وزنت ألفين فى ثلثه وقد يعبر عن مذهبه بأن المقر له من العبد ما يساوى ألفاً وان قال اشتريناه دفعتين ووزن فى شراء عشرة مثلاً ألفاً وأنا اشتريت تسعة اعشاره بألف قبل لانه يحتمل. ولو قال أردت به أنه أوصى له بألف من ثمنه قبل البيع ودفع له ألف من ثمنه وليس له دفع الألف من ماله وان فسرنا به دفع اليه الألف ليشتري له العبد ففعل فان صدقه المقر له فالعبد له وان

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

ولا يجوز بيع خل الخمر بخل الخمر لانه يدخر على جهة فحش بيع بعضه ببعض كالزيب بالزيب ولا يجوز بيع خل الخمر بخل الزيب لان في خل الزيب ماء وذلك يمنع من تماثل الخليين ولا يجوز بيع خل الزيب بخل الزيب ولا بيع خل التمر بخل التمر لانا ان قلنا ان الماء فيه ربا لم يجوز الجول تماثل للماءين والجول تماثل الخليين وان باع خل الزيب بخل التمر فان قلنا ان في الماء ربا لم يجوز للجول تماثل للماء فيهما وان قلنا لاربا في الماء جاز لانهما جنسان فجاز بيع أحدهما بالآخر مع الجول بالمقدار كالتمر بالزيب والله أعلم ﴿

﴿ الشرح ﴾ الكلام في الخلول يشتمل على مسائل ذكر العنب منها خمس مسائل وتقدم عليها أموراً (أحدها) أن الخلول أجناس على المشهور وحكي الماوردي عن ابن أبي هريرة أنه كان يخرج قولاً أنها جنس واحد وامتنع سائر الاصحاب من تخريج هذا القول وقد تقدم عن الشيخ أبي حامد أنه غلط القائل بذلك والمشهور القطع بأنها أجناس والتفريع في هذه المسائل على هذا وأما إذا فرعنا على أنها جنس واحد فلا حاجة إلى تعداد المسائل بل كل خاين فيهما أو في أحدهما ماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر وإن لم يكن في شيء منهما ماء جازاً تماماً ولا يجوز متفاضلاً والعنب والاصحاب إنما فرعوا على للمشهور (الامر الثاني) أن الخلل يتخذ من العنب والزبيب والتبر فهو ثلاثة فإذا أخذت كل صنف مع مثله ومع قسيه كانت الصور ستاً خلل العنب بخلل العنب وخلل الزبيب بخلل الزبيب وخلل العنب بخلل التبر وخلل الزبيب بخلل التبر وخلل التبر بخلل التبر ذكر المصنف منها خمساً وترك خلل العنب بخلل التمر وزاد الرافعي في الخلول خلل الرطب فصارت الخلول أربعة والصور الحاصلة

كذبہ فقد رد اقراره بالعبد وعليه رد الالف الذي أحذره وان قل اردت أنه أقرضه ألفاً فصرفته الى
ثمنه قبل ولزمه الالف وتوجيه الخلاف انذكوز فيما اذا فسرہ بالرهن يقتضى عوده ههنا ولو قال له
على من هذا العبد الف درهم فهو كما لو قل فى هذا العبد ولو قل من ثمن هذا العبد الف درهم
فكذلك ذكره فى التهذيب ولو قل على درهم فى دينار فهو كما لو قال الف فى هذا العبد فان
أراد النفي مع الزمائه *

قال ﴿ ولو قال له في هذا المال ألف أو في ميراث أبي العازمه ولو قال له في ملى ألف أو في ميراثي من أبى ألف لم يازمه لالتناقض ﴾ •

قال الشافعي رضي الله عنه في المختصر لو قل له في ميراث أبي الف درهم كان اقراراً منه على أبيه بدينه ولو قال له في ميراثي من أبي الف درهم كانت هبة الا أن يريد اقراراً وما الفرق

من تركيبها عشرة الست المذكورة وأربع من خل الرطب بخل الرطب وبخل العنب والزبيب والتمر وليست الخلول منه حرة بل يتخذ الخل أيضاً من التعب كما ذكره الشافعي ومن الجيز ومن البسر ومن غير ذلك فسأني الصور أضعاف هذه وطريقك في عدها وترتيبها أن تأخذ كل واحد مع نفسه ومع ما بعده ولكن لا يتعلق بها غرض والنقص حاصل من معرفة الحكم في خل العنب والزبيب والتمر ونسبة الرطب إلى التمر كنسبة لزبيب إلى العنب لكن الرطب قد يتخذ خلا بغير ماء فيختلف حكمه كما ستعرفه ونسبة الجيز إلى كل منهما كنسبة العنب إلى التمر فلا حاجة إلى تكثير الصور ونشرح ما ذكره خاصة والخل في الألة كل ما حصى من عذير العنب وغيره قله ابن سيده (الامر الثالث) أن التمر والرطب جنس واحد والعنب والزبيب جنس واحد وإن الماء هل يجري فيه الربا فيه وجهان (المسألة الأولى) بيع خل الخمر بخل الخمر جائز اتفاقاً قال الشافعي في المختصر ولا بأس بخل العنب مثلاً بمثل ومن نص على أنه لا خلاف فيه الشيخ أبو حامد وجزم به القاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي من العراقيين والشيخ أبو محمد والرافعي وغيرهم لأنه لاماء فيه وليس له غاية يمس يقع فيها التفاوت وقيد الفوراني وابن داود وغيرهما ذلك بأن لا يكون في واحد منهما ماء وذلك صحيح لا بد منه وإنما سكنت أكثر الاحباب عنه لأن العالب في خل العنب أنه لاماء فيه وقد يعمد في بعض الاوقات ليسرع تخله فلذلك التقيد حسن والاطلاق محمول على العالب قال الاصحاب والعنب حالان (لادخار احدهما) أن يصير زيباً (والاخرى) أن يصير خلا (المسألة الثانية) بيع خل الخمر بخل الزبيب لا يجوز كذلك قال المصنف والشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي والماوردي وذلك

قيل انه في الصورة الثانية أضاف الميراث الى نفسه وما يكون له لا يصير لغيره بالاقرار فكان كما لو قال داري أو مالي لفلان وفي الاول لم يصف الميراث الى نفسه فكان مقراً بتملق الانف بالتركة وهذا ما أشار اليه صاحب الكتاب بقوله للتناقض ولك أن تمنع الشافعي بين اضافة الميراث الى نفسه وبين تعلق دين الغير به فان تركة كل مديون مملوكة لورثته على الصحيح والدين يتعلق بها وقال الاكثرون الفرق أنه اذا قال في ميراث أبي فقد أثبت حق المقر له في التركة وذلك لا يحتمل الاشياء واجبا فان التبرعات التي لاتزوم ترتفع بالموت ولا تتعلق بالتركة واذا قل في ميراثي من أبي فقد أضاف التركة إلى نفسه ثم جعل المقر به شيئاً منها وأضافه اليه وذلك قد يكون بطريق لازم وقد يكون بطريق التبرع واذا فسر بالتبرع قبل واعتبر فيه شرطه وعن صاحب التريب الاشارة إلى التسوية بين الصورتين كأنه قل وخرج فان كان كذلك جاز إعلام قوله في الكتاب أو في ميراث أبي بالواو - والمذهب المشهور الفرق بمثله ولو قال له في هذه الدار نصفها فهو إقرار وإن قال له في داري

واضح لان الزبيب من جنس العنب والزبيب ماء فكانه باع عنباً بعنب وماء ذلك لا يجوز لا تنفاه التماثل ومع ذلك لا يحتاج الى التعليل بقاعدة مدعوجة (المسألة الثالثة) بيع خل الخمر بخل التمر ولم يذكره المصنف وليس هو مثل بيع خل الخمر بخل الزبيب لان التمر والعنب جنسان مختلفان وقد نص الشافعي رضي الله عنه في الام والاصحاب على جوازه قال الشافعي في باب بيع الأجل ولا بأس بخل العنب بخل التمر وخل القصب لان أصوله مختلفة فلا بأس بالفضل في بعضه ببعض ومن جزم بالجواز فيه الشيخ أبو حامد والمحاملي والشيخ أبو محمد والرافعي فان خل العنب لأماء فيه وخل التمر وان كان فيه ماء فهو جنس آخر وقد علمت. إن التفريع على أن الخلول أجناس ونقل العبدري عن مالك ان خل العنب وخل التمر جنس واحد كالقول الغريب عندنا فكانه باع عنباً بتمر وماء وهو جائز وسيأتي في خل الزبيب بخل التمر طريقة عن البغوي أنه يتخرج على الجمع بين مختلفي الحكم وقياسه أن يأتي ههنا وسأتكلم عليها إن شاء الله تعالى (المسألة الرابعة والخامسة) بيع خل الزبيب بخل الزبيب وخل التمر بخل التمر لا يجوز قال الشافعي في المختصر وأما خل الزبيب فلا خير في بيعه بعض مثلاً بمثل من قبل أن الماء يقل فيه ويكثر وهذا تنبيه على العلة الثانية التي ذكرها المصنف ومن صرح بحكم المسألتين كما ذكره المصنف الشيخ أبو حامد حكماً وتعليلاً والقاضي أبو الطيب والماوردي والشيخ أبو محمد والقاضي حسين والرافعي ولا خلاف في ذلك أيضاً سواء قلنا الماء ربوي أولاً لان الجنس متحد والمثالة فيه مجبولة وكذلك خل الرطب بخل الرطب لانه لا يصح الا بالماء وليس كخل العنب بخل العنب ومن صرح بذلك الماوردي وهي المسألة السادسة لكن

نصفها فهو. وعد هبة حكاها الشيخ أبو علي عن النص أيضاً واشتهر عن نصه أنه لو قال له في مالى ألف درهم كان إقراراً ولو قال من مالى كلن وعد هبة لا إقراراً وهذا الموضع البحث فيه من وجهين (أحدهما) أن هذا النص في قوله في مالى يخالف ما يقرنه في قوله في ميراثي وفي دارى فما جال هذه النصوص (والثاني) أنه لم فرق بين في ومن وهل المذهب الظاهر مانص عليه أم الأول فلا أصحاب طريقتين فيما إذا قال في مالى ألف درهم منهم من قال فيه قولان (أحدهما) أنه وعد هبة لاضافة المال إلى نفسه (والثاني) أنه إقرار لأن قوله له يقتضى الملك ويوعده الهبة لا يحصل الملك ومنهم من قطع بأنه وعد هبة وحمل ما روى عن النص الأخير على خطأ النسخ ور بما تأوله على ما إذا أتى بصيغة الإقرار فقال علي في مالى ألف درهم فإيه يكون إقراراً على ما سيأتي وإذا أثبتنا الخلاف فعن الشيخ أبي علي أنه يطرد فيما إذا قال في دارى نصفها وامتنع من طرده فيما إذا قال في ميراثي من أبي وعن صاحب التقريب وغيره أنه يلزمه تجريجه فيه بطريق الأولى لان قوله في ميراثي من أبي أولى بأن يحصل

الشيخ أبا محمد في السلسلة جزم بالجواز في خل الرطب بخل الرطب وكذلك الرافعي والقاضي حسين وينبغي أن يحمل ذلك على ما إذا لم يكن فيه ماء فليس هذا اختلافا بل كان خل الرطب بغير ماء وإن أمكن كما قال أبو محمد وصار كحل العنب وإن كانت فيه ماء فالأمر كما قال الرافعي والمالدي (المسألة السابعة والثامنة) خل الزبيب بخل التمر جزم الصيمري بجوازه والمشهور ما ذكره المصنف حكما وبناء ومن ذكره كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي والمالدي وابن الصاغ من العراقيين والشيخ أبو محمد والقاضي حسين وعله الحاملي بما عله به المصنف وعله الشيخ أبو حامد بأنه بيع ماء وشيء بماء وشيء (فإن قلت) تعليل الشيخ أبي حامد ظاهر وأما تعليل المصنف بالجهل بماتل الماءين فإنه يوم أن الماءين لو كانا معلومي التساوي صح وليس كذلك فإن التفرع على أن الماء ربوي فلا يجوز لقاعدة مدحجة فلو علل بما علل به الشيخ أبو حامد كان أولى على أن هذا السؤال وارد عليهما في المسألة الرابعة والخامسة وهذا السؤال الملقب في علم النظر بعدم التأثير وهو أن يوجد الحكم بدون الوصف المدعى علة (قلت) بل ما فعله المصنف أولى لأن الجهل بالماتلة هي العلة لمعتبرة في البطلان المجمع عليها وقاعدة مدحجة إنما بطلت عند من يقول بها لا ^(١) كما تقدم بيانه (فأما) أن يقول بذلك فلا يرد السؤال (وأما) أن يعترف بوروده فجوابه أن التأثير إنما يلزم في قياس العلة أما في قياس الدلالة فلا كما ذلك مقرر في علم النظر وقياس الدلالة الذي لا يدعي فيه أن الحكم ثبت بذلك الوصف وإنما يدعي أن ذلك الوصف دليل على الحكم لكن كلام المصنف هنا ظاهر في القليل فالأولى دفع السؤال بما نهت عليه أولا أو قول أن ذلك سؤال العكس وهو وجود مثل الحكم لعلة

(١) يياض
بالأصل فخر

أقراراً من قوله في مالى أو فى دارى لان التركة مملوكة للورثة مع تعلق الدين بها فيحسن إضافة الميراث الى نفسه مع الاقرار بالدين بخلاف المال والدار (وأما) الثانى فهم من قال لافرق ولم يثبت هذا النص أو أوله ومنهم من فرق بأن فى تقتضى كون مال المقر طرفاً لمال المقر له وقوله من مالى يقتضى الفصل والتبعض وهو ظاهر فى الوعد بأنه يقطع شيئاً من ماله فاذا فرقنا بينهما الزمهم مثله فى الميراث والدار لا محالة والظاهر أنه لا فرق بينهما وان الحكم فى قوله فى مالى كما ذكرنا أولاً ميراثي واستبعد الامام رحمه الله أن يخرج الخلاف فيما اذا قال له فى دارى نصفها لانه اذا أضاف الكل الى نفسه لم ينتظم الاقرار ببعضه كما لا ينتظم منه الاقرار بكلامه بأن يقول دارى لفلان وتخصص طريقة الخلاف بما إذا لم يكن المقر به جزءاً من مسمى ما أضافه الى نفسه كقوله فى مالى ألف درهم أو فى دارى ألف ولا يخفى عليك مما ذكرنا حاجة قوله فى الكتاب لم يلزمه التناقض الى الاعلام - بالواو - وحيث قلنا فى هذه الصورة إنه وعد هبة لاقرار فذلك فيما لم يذكر كلمة الترام فأما إذا ذكر بأن يقول على ألف درهم فى هذا المال أو فى مالى أو فى

أخرى وذلك غير قادح ويمنع أنه من باب عدم التأثير والله أعلم * وهذه الطريقة التي سلكها المصنف من البناء هي الصحيحة من المذهب قال الشيخ أبو حامد وقد قيل شيء عن هذا وليس بشيء قال يعني ذلك القائل وقول الشافعي ههنا فإذا اختلف الجنسان فلا بأس يقتضي أن لا ربا في الماء لأنه لم يفصل والا فليس أن يكون فيه الربا لأنه مطعوم * وقول المصنف رحمه الله تعالى وإن قلنا لا ربا في الماء جاز إلى آخره هكذا صرح به الجمهور واقتضاه كلام الرافعي قال النووي وقيل فيه القولان في الجمع بين مختلفي الحكم لأن الخليلين يشترط فيهما التقابض في المجلس بخلاف الماءين ومن ذكر هذا الطريق البغوي في كتابه التعليق في شرح مختصر المزني وهذا الطريق هو الصواب ولعل الاصحاب اقتصروا على أصح القولين وهو أنه يجوز جمع مختلفي الحكم والله أعلم * هذا كلام البغوي (قلت) وقد تقدم نص الشافعي على جواز خل العنب بخل التمر وفيه الماء وهو يعضد جزم الجمهور بالجواز هنا لأنه لا فرق بين أن يكون الماء في الطرفين أو في أحدهما فاما أن يكون ذلك تفرعاً على الصحيح في الجمع بين مختلفي الحكم كما قل النووي واما أن يقال إن الخلاف يجوز قاله الشيخ أبو محمد والرافعي (المسألة التاسعة) خل الرطب بخل التمر لا يجوز لأن فيهما ماء يمنع التماثل هكذا علاه الماوردي ولا خفاء به وذكروا الرافعي مسألة خل العنب وخل الرطب بخل التمر وحكم بعدم الجواز فيهما وعلل بأن في أحدهما ماء ومراده بذلك خل العنب بخل الزبيب وأهل تعليل الثانية فر بما يطالعه من لاجبة له فيظن أن ذلك عائد إليهما وإن خل الرطب لاماء فيه وليس ذلك مراده لأنه لو كان كذلك لجاز خل الرطب بخل الرطب إلا أن يلاحظ ما قاله الشيخ أبو محمد وبالجملة فالاحكام التي ذكرها الرافعي

ميراث أبي أو في ميراثي أو داري أو عبدي أو في هذا العبد فهو إقرار بكل حال ولو قال له في ميراثي عن أبي أو في مالي كذا بحق لزمني أو بحق ثابت وما أشبهه فهو كما لو قال على فيكون إقراراً بكل حل ذكره ابن القاص (واعلم) أن قضية قولنا إن قوله على في هذا المال أو في هذا العبد ألف درهم إقرار له بالألف وإن لم يبلغ ذلك المال الفأور بما يخطر ذلك الخلاف المذكور فيما إذا قال لفلان على ألف في هذا الكيس وكان فيه دون الألف إلا أن ظرفية العبد للدراهم ليست كظرفية الكيس لها فيمكن أن يختلفا في الحكم لكن لو قال في هذا العبد ألف درهم من غير كلمة على وفسره بأنه أوصى له بألف من ثمنه فلم يبلغ ثمنه الفأ فلا ينبغي أن يجب عليه تنمية الألف بحال *

قال ﴿ السادس إذا قال له على درهم درهم درهم لم يلزمه إلا درهم واحد لاحتمال التكرار * ولو قال درهم ودرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان لامتناع التكرار * ولو قال درهم مع درهم أو درهم تحت درهم أو فوق درهم لا يلزمه إلا واحد تقديره مع درهمي بخلاف نظيره من الطلاق * ولو قال

إنما تم إذا فرض خل الرطب فيه ماء ، والقي ذكرها الشيخ أبو محمد على أنه فيه ماء فليعلم ذلك (المسألة العاشرة) خل الرطب بخل العنب قال القاضي حين لا خلاف أنه يجوز متساوياً وهل يجوز متفاضلاً أولاً ينبغي على أن الخلول جنس أو أجناس وفيه قولان (قلت) قوله أنه يجوز متساوياً محمول على أن خل الرطب لأماء فيه أو أنه لم يلاحظ الجمع بين مختلفي الحكم والمنع من التفاضل خلاف النص في خل العنب بخل التمر فإن الشافعي رضي الله عنه نص على جوار التفاضل فيه وقل الفوراني له ثلاثة أحوال (أحدها) أن لا يكون في واحد منهما ماء فيصح (الثانية) إذا كان في أحدهما ماء فيصح أيضاً (الثالثة) إذا كان فيهما ماء فلي وجوب بناء على أنه هل في الماء ربا أم لا (إن قلنا) فيه ربا لا يصح (قلت) وهذا التفصيل حسن ولم يلاحظ الجمع بين مختلفي الحكم وما ذكرته من البحث مع الفوراني في التخريج على الجمع بين مختلفي الحكم رأيت بعد ذلك مرموزاً إليه في كلام الامام قل في آخر الكلام في الخلول وفي الماء وكونه غير مقصود اشكال سنشرحه في باب الألبان ومث ذكر خل الرطب بخل الرطب لا يجوز الروياني لكنه بعد ذلك قال وان لم يكن فيهما ماء يجوز (المسألة الحادية عشرة) خل الرطب بخل ازيب يجوز قاله الشيخ أبو محمد والرافعي والبغوي قل الرافعي يجوز لان الماء في أحد الطرفين والماء في الآخر بين الخليلين غير معتبرة تفريقاً على الصحيح في أنهما جنسان (قلت) والصحيح خلافه وقياس كلام البغوي والنووي ان تأتي تلك الطريقة أيضاً هنا والله أعلم فالما الشيخ أبو محمد فانه يلاحظ أنه لأماء في خل الرطب كما تقدم فلا يتجه عنده ^(١) أن يكون ذلك عنده كخل لتمر بخل العنب حتى يأتي في البحث السابق في الجمع بين مختلفي الحكم إنما هو اذا جمع بين

(١) بياض
بالاصل فخر

درهم قبل درهم أو بعد درهم لزمه درهمان إذ التقدم والتأخر لا يمتثل إلا في الوجوب * ولو قال درهم ودرهم وقال أردت بالثالث تكرار الثاني قبل * ولو قال أردت بالثالث تكرار الأول لم يقبل لتخلل الفاصل * وكذا في قوله طالق وطالق * فإذا أطلق ففي الطلاق قولان (أحدهما) يلزمه ثلاثة لصورة اللفظ (والثاني) ثمان لجري العادة في التكرار * والأظهر في الاقرار أنه يلزمه عند الاطلاق ثلاثة لأنه أبعد عن قبول التأكيذ اعتياداً * ولو قال طلى درهم فدرهم يلزمه درهم واحد * ولو قال أنت طالق فطالق يقع طلقان * وتقدير الاقرار فدرهم لازم * وقيل بتخريج فيه من الطلاق ولو قال درهم بل درهمان فدرهمان * ولو قال درهم بل ديناران فدرهم وديناران * إذ إعادة الدرهم في الدينار غير ممكن *

في الفصل صور نذكرها مع ما يناسبها وان احتجنا إلى تقديم وتأخير فعلناه (الأولى) لو قال له على درهم درهم لم يلزمه إلا درهم واحد لا تمال ارادة التأكيذ بالتكرار وكذا لو كرر عشراً فصاعداً

عينين مستقلتين حتى يكون ذلك كالعقدين فرتب على كل منهما مقتضاه وكذلك يقول الاصحاب جمع بين عقدين مختلفي الحكم انما الخل الذي فيه الماء فهو كعين واحدة ولو افردنا ما فيه من الماء بحكم وما فيه من الخل بحكم لزمه بطلان العقد لان كلا منهما مجهول وفي سائر صور الجمع بين مختلفي الحكم يوزع الثمن عليهما و يعطى كل واحد حكمه وههنا لا يمكن القول بان بعض الثمن في مقابلة الماء وحده وبعضه في مقابلة الخل بل كل جزء من الثمن مقابل بكل جزء من مجموع الخل المركب من الماء وغيره ويؤول ذلك أنه لو اشترى ربويا رأى مضمه ولم ير بعضه فيه طريقان (احدهما) التقطع بالبطلان (والثاني) فيه قولاً بيع العائب ولم يخرجوه على قولي الجمع بين مختلفي الحكم قل الشيخ أبو محمد في السلسلة لا يحتل تخريج التولين في هذه المسألة لان المشتري اذا رأى بعض الثوب ولم ير بعضه فحكم ما رأى أن العقد فيه (١) الخيار فيه ثابت فرما يختار فدخ البيع فيما لم يرد اجازته فيما رأى فيحتاج إلى قطع الثوب وفي ذلك اتلاف لما ليس من ماله والله أعلم • وقد تقدم بحث في خل التمر بخل الزبيب وخل العنب عند الكلام في بيع الثوب بالثوب فليطالع ههنا وكذلك في الدراهم المشوشة إن شاء الله تعالى وفي تعليق أبي علي العنبري واتفقنا في حسين انه إذا قلنا لاربا في الماء قوايف في ذلك (أصحها) الجواز ولكهما ليس اقرارين في الجمع بين مختلفي الحكم بل هما القولان المشهور والغريب في أن الخلول جنس أو اجناس رافع وأكثر الاصحاب إنما تكلموا في ذلك تفريعاً على المعروف أن الخلول اجناس رضايط هذا الباب ان كل خاين اما أن يكون فيهما الماء أولاً يكون فيهما او يكون في احدهما فن كان فيهما الماء فن كانا جنساً واحداً لم يميز قطعاً كخل الزبيب بخل الزبيب وان كانا

(١) يياض
بالاصل فحرر

ولو قال درهم ودرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان لاقتضاء العطف للغايرة ولو قال درهم ودرهم ودرهم لزمه بالاول والثاني درهمان وأما الثالث فن أراد به درهما آخر لزمه وان قل أردت به تكرار الثاني قبل ولا يلزمه الا درهمان وان قل أردت به تكرار الأول فوجهان ذكرهما في النهاية (وأظهرهما) وهو المذكور في الكتاب أنه لا يقبل ويلزمه ثلاثة لأن التكرار انما يؤكد به اذا لم يتخلل بينهما فاصل وهذا الحكم فيما اذا قال أنت طالق وطالق وطالق في الطلاق قولان ينظر في أحدهما الى صورة اللفظ وفي الثاني الى احتمال التكرار وجب إن العادة وسيعود ذكرهما في الطلاق وفي الاقرار طريقان (قل) ابن خيران انه على قوايف في الطلاق (وتقطع) الا كثرتن لأنه يلزمه ثلاثة وفرقوا بأن دخول التأكيذ في الطلاق أكثر منه في الاقرار لأنه لا يتعدد به المخوف والتهديد ولأنه يؤكد بالمصدر فيقال هي طالق طلاقاً والاقرار بخلافه وعلى هذا لو كرر عشر مرات أو أكثر لزمه من الدراهم بعدد ما كرر ولو قال على درهم ثم درهم ثم درهم فهو كما لو قل درهم ودرهم ودرهم ولو

جنسين كخل التمر بنخل الزبيب لم يحز على الأصح وان لم يكن فيهما ماء وها من جنس واحد جاز قطعاً مثلاً بمثل يدأ بيد كخل العنب بنخل العنب وان كانا جنسين جاز متفاضلين قطعاً يدأ بيد كخل الرطب بنخل العنب وان كان في أحدهما فان كانا في جنس واحد لم يحز كخل العنب بنخل الزبيب وان كانا جنسين جاز متماثلاً ومتفاضلاً بشرط التقابض كخل العنب بنخل التمر على المشهور خلافاً لطريقة البغوى وكل مسائل هذا الفصل مجزوم بها على المشهور إلا إذا كانا من جنسين وفيهما الماء كخل التمر بنخل الزبيب والله أعلم * وليس في المسائل العشرة مسألة جائزة قطعاً في الجنس الواحد الا اخل العنب بنخل العنب ولا في الجنس الآخر الا اخل الرطب بنخل العنب وبقيّة ذلك اما ممتنع قطعاً في الجنس الواحد اذا كان فيه ماء واما مختلف فيه في الجنس الآخر اذا كان فيهما أو في أحدهما ماء وان شئت اخصته فقالت كل خاين لأماء في واحد منهما فيجوز بيع أحدهما متماثلاً في الجنس ومتفاضلاً في الجنس وكل خاين فيهما الماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر قطعاً ان اتحد الجنس وعلى الأصح ان اختلف وكل خاين في أحدهما الماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر ان اتحد الجنس قطعاً ويجوز ان اختلف على المذهب وكلها يشترط فيها التقابض في المجلس والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ المعيار في الخلل السكيل قاله القاضي حسين والرافعي وغيرهما وعله القاضي حسين بانه يستخرج من أصل مكمل ﴿ تنبيه ﴾ جميع ما تقدم في الخلول التي فيها ما تفرع على الصحيح المشهور أن الماء المحرز في الأناء مملوك وهذا الذي قطع به الماوردي ولنا وجه مذکور في باب احياء الموات أنه لا يملك وان أخذ في أناء وقد صرح الأصحاب بان الماء على ذلك الوجه لا يجوز منعه فعلى

قال درهم ودرهم ثم درهم لزمه ثلاثة لا محالة (الثانية) اذا قل على درهم مع درهم أو معه درهم أو فوق درهم أو فوقه درهم أو تحت درهم أو تحته درهم فرواية لازمة في المختصر انه لا يلزمه الا درهم واحد لجواز ان يريد مع درهم لي أو فوق درهم لي وايضا قد يريد فوق الجودة وتحت الرداءة وبهذه الرواية اخذ أكثر الأصحاب وهي التي اوردها في الكتاب ووراء هذا مذهبنا للأصحاب (أحدهما) انه يلزمه درهمان واختلف القائلون به فمن ناسبه الى النص في رواية الربيع ومن قائل انه مخرج واختلف هؤلاء فقيل هو مخرج من الطلاق فانه لو قال انت طالق طلقه مع طلقه او فوق طلقه تقع طلقتان وقيل هو مخرج مما لو قال علي درهم قبل درهم فانه يلزمه درهمان ومن قل بالاول فانه اعتذر عن قوله قبل درهم وأما الطلاق فالفرق أن لفظة التصريح موقع فاذا أنشأه عمل عمله والاقرار اخبار عن سابق فاذا كان فيه اجمال روجع حتى يبين أنه تم الخبر (والذهب الثاني) قل الدار كى ان قل درهم معه درهم او فوقه درهم لزمه درهمان لرجوع الكناية الى الاول الذي التزمه ولو قال درهم على عليه درهم أو على درهم فهو كما لو قال

هذا كيف يرد البيع على الخل وهو مركب من مملوك وغير مملوك والذي يتجه تقريباً على هذا الوجه امتناع بيع الخل الذي فيه الماء لأنه لا يمكن أن يرد العقد على الجميع لعدم الملك ولا على المملوك منه ويكون الماء مباحاً لعدم تميزه والعلم به ولا كنه لما كان هذا الوجه ضعيفاً في النقل لم يفرعوا عليه *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رضي الله عنه في الأم بعد ذكر الحلول وبيع بعضها ببعض والنبذ الذي لا يسكر مثل الخل *

﴿ فرع ﴾ يجوز بيع خل العنب بعصيره لأنه لا ينقص إذا صار خلا فهما متساويان في حال الادخار قاله ابن الصباغ والرويانى وخالف في ذلك القاضي حسين فحزم المنع وحكاه الرويانى وجهاً ينبغي أن يكون على ^(١) القاضي حسين في أن يبيع العصير بالعصير لا يجوز فيكون أحدهما على حاله والآخر ليس على حالة الادخار عنده وقد علل صاحب البحر الوجه المذكور بذلك وذكر الامام عن شيخه الوجهين في عصير العنب وخله (أحدهما) أنه جنس ولكن حالت صفة العصير فكان كاللبن الحليب مع العارض (والثاني) أنهما جنسان وهو الظاهر عندى لافراط التفاوت في الاسم والصفة والمقصود والىء لا يكون ما كولا فلا يكون ربوا فاذا كان تحول الصفات يؤثر هذا التأثير جاز أن يؤثر في اختلاف الاجناس (قلت) وهذا ليس بجيد وقد بحثت معه في ذلك في مسألة بيع الرطب بالتمر وبينت أن العصير والخل جنس واحد وقد تابع الامام في ذلك القاضي في الذخائر ويوافقه الوجه الذي حكاه المتولى أنه يجوز بيع الخل بالدبس وأنه لا تعتبر المائلة بينهما وقد تقدم التعرض لذلك عند الكلام على بيع المطبوخ باليء *

(١) بياض
بالاصل فحرر

فوقه درهم أو فوق درهم ولو قال على درهم قبل درهم فرواية لازمة ومنها أجاب الا كثرون انه يلزمه درهمان بخلاف الصورة السابقة والفرق ان الفوقية والتحتية يرجعان الى المسكن ويتصف بهما نفس الدرهم فلا بد من امر يرجع اليه التقديم والتأخير وليس ذلك الا الوجوب عليه وفيه قول آخر انه لا يلزمه الا درهم منهم من حكاه نصاً عن رواية الربيع ومنهم من خرج من الصورة السابقة وسوى بينهما جميعاً فجعلها على قولين ولمن قال به ان يقول القبلية والبعديّة كما يكونان بالزمان يكونان بالرتبة وغيرها ثم هب أنهما زمانيان وان نفس الدرهم لا يتصف بهما لكن يجوز رجوعهما الى غير الواجب بان يريد درهماً وخرو با قبل درهم وما أشبه ثم هب أنهما راجعان الى الواجب لكن يجوز أن يريد لزيد درهم وجب له قبله وجوب درهم لعمرو وفي المسألة وجه آخر عن ابن خيران وغيره انه ان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه درهمان وان قال قبل درهم وبعده درهم لم يلزمه الا درهم واحد لاحتمال

﴿ فرع ﴾ لا يجوز خل التمر بالتمر ولا خل عنب بعنب نص عليه في البويطي وقال ولا كل شيء بشيء يخرج من أصله وكذلك قال ابن الصباغ لا يجوز بيع العنب بخله ولا بعصيره قال القاضي حسين وكذلك بيع الرطب بما يتخذ منه من الخل والعصير واللبس والشيرج والناطف وغيره لا يجوز *

﴿ فرع ﴾ بيع الرطب بخل العنب أو بعصير العنب أو بيع العنب بخل الرطب أو بلبس الرطب قال القاضي حسين الصحيح أنه يجوز (قلت) وما أشار اليه من الخلاف بعيد جداً ولا يمكن أن يكون هو القائل بأن الخلول جنس واحد فإن ذاك لا اشتراكها في الاسم والرطب وخل العنب لا اشتراك بينهما ولا أحدهما مستخرج من الآخر فينبغي القطع بالجواز وكذلك في العنب بخل الرطب إلا أن يكون فيه ماء *

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ ولا يجوز بيع شاة في ضرعها ابن بلبن شاة لأن اللبن يدخل في البيع ويقابله قسط من الثمن والدليل عليه أن النبي ﷺ جعل في مقابلة لبن المصرة صاعاً من تمر ولأن اللبن في الضرع كاللبن في الأباء والدليل عليه قوله ﷺ لا يلبن أحدكم شاة غيره بغير إذنه يحب أحدكم أن تؤتى خزانته فيذئبل ما فيها فجعل اللبن كاللؤلؤ في الخزانة فصار كما لو باع لبناً وشاة بلبن ﴾ •

﴿ الشرح ﴾ الحديث المذكور الذي فيه أن النبي ﷺ جعل في مقابلة لبن المصرة صاعاً من تمر لم أجده بهذا اللفظ صريحاً ولكنه يشير به الحديث المشهور الذي سند كرهه أن شاء الله

أن يريد قبل لزوم درهم أو بعد درهم كان لازماً (وقوله) في الكتاب لا يلزم إلا واحد يجوز إعلامه مع - الواو - بالحاء والالاب - أما الحاء فلأن عند أبي حنيفة رحمه الله يلزم درهمان فيما إذا قال فوق درهم وأما الالف فلأن عند أحمد يلزمه في جميع الصور درهمان (الثالثة) إذا قل له على أو عندي درهم فدرهم أن أراد العطف أزله درهمان وإلا فالنص أنه لا يلزمه إلا درهم ونص فيما إذا قل أنت طالق فطالق أنه يقع طلقان فنقل ابن خيران الجواب من كل واحدة إلى الأخرى وجعلها على قولين (أحدها) يلزمه ودرهمان يقع طلقان لأن الفاء حرف عطف كالواو وثم (والثاني) لا يلزمه إلا واحد ولا يقع إلا طلاق لأن الفاء قد تستعمل لغير العطف فيؤخذ باليقين وذهب أكثرهم إلى تقرير النصين وفرقوا وجهين (أحدهما) أنه يحتمل في الإقرار أن يريد فدرهم لازم أو فدرهم أجود والاقرار أخبار والانشاء أقوى وأسرع نفوذاً ولهذا لو أقر اليوم بدرهم وغداً بدرهم لا يلزمه إلا درهم ولولفظ بالطلاق في اليومين وقعت طلقان وهذا أظهر في المذهب لكن لأن خيران أن يمنع الفرق الأول ويقول يجوز أن يريد فطلق مهجورة

تعالى في باب بيع المصرة وهو متفق عليه وله الفاظ ورد بها أقربها الى المعنى الذى ذكره المصنف هنا قوله **عليه السلام** « فان رضىها أمسكها وان سخطها في حلبتها صاع من تمر » رواه البخارى وهو فيه مقصود المصنف فان قوله في حلبتها ظاهر في مقابلة اللبن والحديث الآخر حديث صحيح أخرجه البخارى وغيره من حديث ابن عمر رضى الله عنهما عن النبي **صلى الله عليه وسلم** قال « لا يحلبن أحد ماشية امرئ الا باذنه أوجب أحدكم أن يؤتى مشربته فيكسر خزانتها فينتحل طعامه فاما يخزن لهم ضروع مواشيهم لطعامهم فلا يحلبن أحد ماشية أحد الا باذنه » وقوله ينتحل أى يستخرج وهو - بياض مشاة من تحت مضمومة ثم نون ساكنة ثم تاء مشاة من فوق ثم ناء مثله مفتوحين - يقال شل مافى كنانته اذا صلبها ونثرها وقد شلت البئر ثلثا وانتثلتها اذا استخرجت ترابها وروى ينتحل بالقاف بدل التاء المثناة أى يذهب وينقل عن الضرع والرواية الأولى أكثر وأشهر وهى التى فسرها أهل الغريب والمشرية بضم الراء وفتحها الغرفة وجمعها مشارب وقول المصنف شاة أحدكم أن لفظ الشاة فى شيء من الروايات » وحكم المسألة نص عليه الشافعى رضى الله عنه قال فى المختصر والام ولا خير فى شاة فيها لبن يقدر على حلبه بلبن من قبل أن فى الشاة لبناً لأدري كم حصنه من الثمن الذى اشتريته به تقدأ وان كان نسيئة فهو أفسد للبيع وقد جعل رسول الله **صلى الله عليه وسلم** اللبن التصرية بدلا وانما اللبن فى الضرع كالجوز واللوز للبيع فى قشره يستخرجه صاحبه اذا شاء وليس كالولد لا يقدر على استخراج هذا لفظ المختصر وقال فى الام ولا بأس بلبن شاة يداً بيد ونسيئة اذا كان أحدها تقدأ والدين منها موصوف فى

أولاً تراجع ويجوز أن يريد فطالق حرمتك وما أشبهه (وأما) الثانى فانه يناقض الفرق المذكور فى مسألة درهم ودرهم وطالق وطالق (وقوله) فى الكتاب يلزمه درهم واحد معلم - بالحاء والألف - لان عندهما يلزمه درهمان (وقوله) يقع طاقتان يجوز احلامه - بالواو - لانه لم يذكر طريقة التنازل والتخريج بتمامها حتى يستغنى عن الاعلام وانما ذكر التخريج من الطلاق فى الاقرار ورأيت فى بعض الشروح ان ابن أبى هريرة حكى قولاً منصوحاً للشافعى رضى الله عنه أنه يلزمه درهمان ويتأيد هذا بقول بما اذا قل درهم ودرهم فانه يلزمه درهمان ولا يمتنع فيه مثل التقديرات المذكورة فى الفاء ولو قل على درهم فقفيز حنطة فلا يلزمه الا درهم أو يلزمه جميعاً فيه هذا الخلاف وذكر أبو العباس الرويانى فى الجرجانيات ان قياس ما ذكرنا فى الطلاق أنه اذا قل بعثك بدرهم فدرهم يكون بانعاً بدرهمين لانه انشاء (الرابعة) قال على درهم بل درهم لم يلزمه الا درهم لجواز أن يقصد الاستدراك فيتذكر انه حاجة اليه فيعيد الاول ولو قل درهم لا بل درهم اولاً درهم فكذلك ولو قل درهم لا بل درهمان أو فقفيز حنطة لا بل فقيران لم يلزمه الا درهمان وقفيزان لان بل للاستدراك ولا يمكن ان يكون المقصود

الذمة وصرح في مواضع من الأم بجواز ذلك تقدماً ونسباً ثم قال فان قال قائل كيف اخترت لبن الشاة بالشاة وقدمها اللبن فيقال إن الشاة نفسها لا ربا فيها إنما تؤكل بعد الذبح أو السالخ أو الطبخ أو التجفيف فلا تنسب الغنم إلى أن تكون ما كولة إنما تنسب إلى أنها حيوان وقد اتفق الأصحاب على هذين الحكمين وأن بيع الشاة التي في ضرعها لبن بلبن شاة باطل كما قرره الشافعي رضي الله عنه من أن اللبن الذي في الضرع يقابله قسط من الثمن قال القاضي أبو الطيب قولاً واحداً وإن كان في الحمل قولان بدليل خبر المصراة ولولا أن اللبن يتقسط عليه الثمن لما ألزمه رد بدله كما لو اشترى نخلة فأمّرت في يده أو شاة فحملت وولدت ثم ردها ولأن ما في الضرع مثل ما في الخزانة بدليل الحديث الذي ذكره المصنف وهذا الذي ذكرناه من أن اللبن يقابله قسط من الثمن هو المنصوص المشهور الذي قطع به الأصحاب ههنا وسيأتي في باب المصراة ذكر وجه فيه والكلام عليه هناك ومع هذا فلا خلاف في امتناع بيع الشاة اللبون باللبن والله أعلم * قال الأصحاب فوجب أنه لا يصح بيع شاة في ضرعها لبن أصلاً لأن اللبن مجهول كما لو ضم إلى الشاة لبناً مغطى فالجواب أنه إن لم يجوز البيع هناك لأن كلا من الشاة واللبن المضموم إليها مقصود بالبيع واللبن في الضرع تابع وإن كان له قسط من الثمن بدليل دخوله إذا أطلق البيع في الشاة ويغتفر في التابع ما لا يغتفر في غيره ولذلك صح بيعه كأساس الحائط ورؤس الجذوع وطى البئر ونحو ذلك ولا يلزم من جعله تابعاً في انتفاء الغرر أن يكون تابعاً في انتفاء الربا كالثمرة قبل بدو الصلاح إذا بيعت مع أصلها تابعة من غير شرط القطع

ههنا نفي المذكور أولاً لاشتغال الدرهمين على الدرهم والقفيزين على القفيز وإنما المقصود نفي الاقتصار على الواحد وإثبات الزيادة عليه وهذا يشكل بما إذا قال أنت طاق طلبة بل طلتين فإنه يقع الثلاثة ولا أدري لم لم يتصرفوا فيهما ههنا تصرفهم فيما سبق من المسائل ثم ما ذكرناه مفروض فيما إذا أرسل ذكر المقر به أما إذا قال له عندي هذا القفيز بل هذان القفيزان لزمه الثلاث لأن القفيز المعين لا يدخل في القفيزين المعينين وكذلك لو اختلف جنس الأول والثاني مع الإرسال بأن قال على درهم بل ديناران أو قفيز حنطة بل قفيزاً شعير لزمه الدرهم والديناران أو قفيز الحنطة وقفيزاً الشعير لأن الأول غير داخل في الثاني فهو راجع عن الأول مثبت الثاني والرجوع لا يقبل وما أقربه ثانياً يلزمه ولو قال درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة يازمه الدرهمان والعشرة لأن الرجوع عن الأكثر لا يقبل ولا يدخل الأقل فيه ولو قال دينار بل ديناران بل ثلاثة يلزمه ثلاثة ولو قال دينار بل ديناران بل قفيز بل قفيران لزمه ديناران وقفيزان ولو قال دينار وديناران بل قفيز وقفيزان فثلاثة دنانير وثلاثة أفقرة وقس على ما ذكرنا ما شئت *

جاز ولو باع نخلة مشرة بتمر لم يصح فكان ربا فقتبت في انتفاء الغرر ولم تتبع في انتفاء الربا قال
القاضي حسين ولأن اللبن مما يجري فيه الربا وإن كان متصلا بالحيوان ولا يشبه الحمل لأن الحمل
لا يمكن استخراجه متى شاء والفرق بين اللبن والحمل علي أحد القولين القائل بأنه ليس له قسط من
التمن أن اللبن مقدور على تناوله بخلاف الحمل فاشبه الجوز واللوز في قشره وجوز أبو حنيفة رضي الله
عنه بيع الشاة ذات اللبن باللبن قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والحاملي وهكذا الحكم إذا ذبحت
هذه الشاة التي فيها لبن ثم بيعت بلبن وهو أفسد لأنه يبع لحم ولبن بابن ولو باع الشاة التي في
ضرعها لبن بابن ابل ونحوه من غير لبن الغنم (فإن قلنا) ان الألبان صنف واحد لم يجوز (وإن قلنا)
أصناف جاز قل الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم فلي هذا الصحيح الجواز لأن
الصحيح أنها أجناس ولم يذكر الصيهرى في شرح الكفاية غيره ولذلك احتراز المصنف في قوله
بلبن الشاة فإنه إذا باع الشاة التي في ضرعها لبن من غير جنسها وقلنا ان الألبان أجناس قال الحاملي
فيكون بمنزلة أن يبيع طعاما ربويا بشمير فيصح البيع يعني على الأصح في الجمع بين مختلفي
الحكم وكذلك قال الرانعي فيه قولنا الجمع بين مختلفي الحكم وهو في ذلك تابع للقاضي
حسين وصاحب التهذيب فإن ما يقابل اللبن من اللبن يشترط فيه التقابض وما يقابله
من الحيوان لا يشترط فيه التقابض (قلت) وفي التحريم نظر ^(١) في بيع خل التمر
بخل الزبيب وفي بيع الدراهم المغشوشة بعضها بيهض لأنه يمتنع افراد كل واحد بمحكمه اذ
لبن الذي في الفرع لا يمكن تسليمه وحده فلو نزل العقد عليه منزلة عقد مستقل لاقتضى البطلان

(١) بياض
بالاصل فحرر

قال في السابع اذا قال يوم السبت على ألف وقال ذلك يوم الأحد لم يلزمه الألف واحد *
الا أن يضيف الى سببين مختلفين * فلو أضاف أحدهما الى سبب وأطلق الآخر نزل المطلق على
المضاف * وكذلك لو قامت الحجة على اقرارين بتاريخين جمع بينهما * وكذلك اذا كان بلغتين
أحدهما بالعجمية والآخرى بالعربية * وكذلك لو شهد على كل واحد شاهد واحد فالاصح أنه يجمع
نظراً الى الخبر عنه * وفي الافعال لا يجمع أصلاً *

القول الجلي في الفصل أن تكرير الاقرار لا يقتضي تعدد المقر به لأن الاقرار إخبار ألا ترى أنه
يحتمل فيه الاهام ولو كان انشاء لما احتمل وتعدد الخبر لا يقتضي تعدد الخبر عنه فيجمع إلا إذا عرض
ما يمنع الجمع والتنزيل على واحد فينشد بحكم بالمغايرة وفيه مسألتان (أحدهما) إذا أقر لزيد يوم
السبت بألف وأقر له يوم الأحد بألف لم يلزمه إلا ألف واحد سواء اتفق الاقراران في مجلس واحد
أو مجلسين وسواء كتب به سكا وأشهد عليه شهوداً على التعاقب أو كتب سكا بألف وأشهد عليه ثم

والله أعلم * ولاجل ذلك والله أعلم أطلق الماوردي القول بانا إذا قلنا الابنان أجناس صح العقد (والحكم الثاني) إذا باع شاة غير ذات لبن قال الشيخ أبو حامد بان لا تكون ولدت قط جاز البيع اتفق عليه الأصحاب أيضاً تبعاً للشافعي رضي الله عنه تقدماً ونسيئة والتفرق قبل القبض قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب ونص الشافعي رضي الله عنه في حرمة في التي لها لبن قد حلب ولم يستخلف بعد شيء منه فباعها بلبن شاة يجوز وهذا لأنه لم يكن هناك لبن يجتمع والقليل الذي ينزل لا تأثير له واتفق الأصحاب أيضاً على هذا الحكم وعن جزم به القاضي حسين والبغوي والرافعي وصرح الامام بالصحة في اللبنون اذا لم يكن في ضرعها لبن وقت البيع أو كان نزرأ لا يقصد حلب مثله لقلته قال فان مثله ليس مقصوداً والحيوان مخالف لجنس اللبن فليلتحق ببيع الخيض بالزبد مع النظر الى الرغبة وشبهه بعضهم بالدار الذي ذهب واستهلك الذهب اذا بيعت بدار مثلاً أو بالذهب يجوز قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي فان ذبحت هذه الشاة وساخت وبيعت باللبن صح البيع لانه لحم لا شيء معه بلبن ويشترط التقابض ونقله القاضي أبو الطيب عن نصه في الصرف وقد أغرب الجيلي فحكي فيما نقله ابن الرفعة عنه وجهاً أنه يجوز بيع اللبن بشاة في ضرعها لبن وهذا غريب جداً شاذ لا معمول عليه قال ابن الرفعة ويمكن أن يكون مأخذه ما حكاه العزالي في المصرة أن اللبن في الضرع لا يقابله قسط من الثمن على رأى *

﴿ فرع ﴾ كما لا يجوز بيع الشاة التي فيها لبن بلبن كذلك لا يجوز بالزبد ولا بالسمن ولا بالمصل ولا بالأقط كما لا يجوز اللبن بشيء من ذلك صرح به الماوردي *

كتب صكاً بألف وأشهد عليه وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله فيما إذا كتب صكين وأشهد عليهما وفيما إذا أقر في مجلسين ومن أصحابه من لا يفرق بين المجلسين والجلسين ولو أقر في أحد اليومين بالألف وفي الآخر بخمسمائة دخل الأقل في الأكثر ولو أقر مرة بالعربية وأخرى بالعجمية لم يلزمه إلا واحد ولا اعتبار باختلاف اللغات والعبارات * وإذا لم يمكن الجمع كما إذا أقر في يوم السبت بألف من ثمن عبد ويوم الأحد بألف من ثمن جارية أو قال مرة صحاح ومرة مكسرة لزمه الألفان ولم يجمع وكذا لو قال قبضت منه يوم السبت عشرة ثم قال قبضت منه يوم الأحد عشرة أو طلقها يوم السبت طقة ثم قال طلقها يوم الأحد طقة ولو قال يوم السبت طلقها طقة ثم أقر يوم الأحد بطلقتين لم يلزمه إلا طلقتان ولو أضاف أحد الاقرارين إلى سبب أو وصف الدراهم بصفة وأطلق الاقرار الآخر نزل المطلق على المضاف لامكانه (وقوله) في الكتاب وكذا لو قامت الحجة على الاقرارين بتأريخين جمع بينهما كان الغرض منه الإشارة إلى تكرير الشهادات والصك لا تأثير له والا فالحجة على الاقرارين لا توجب

(فرع) قال محمد بن عبد الرحمن الحضرمي في كتاب الاكمال كما وقع في التنبيه من الاشكال والاجمال قال الشافعي رحمه الله ولو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز بخلاف شاة في ضرعها لبن بلبن شاة والفرق بينهما ان لبن الشاة في الشرع له حكم العين فلهذا لا يجوز عقد الاجارة عليه ولبن الآدمية ليس له حكم العين بل هو كالمنفعة ولهذا يجوزنا عقد الاجارة عليه (قلت) وهذا النقل غريب والتعليل حسن وفيه نظر وقد تقدم حكاية خلاف في أن لبن الآدمية هل يكون من جنس الالبان (إذا قلنا) بأن الالبان جنس واحد أم لا ولا يرد ذلك هنا لان الكلام هناك اذا كان منفصلا فانه يثبت له حكم الاعيان وهنا الالبان في الثدي هو الذي ادعي انه ليس له حكم العين بل حكم المنفعة فلذلك قال يصح لانه لم يضم الى الجارية عيناً أخرى ولم أجد هذا الفرع الا في هذا الكتاب فلا ادري هل الفرق من كلامه أو من كلام الشافعي ويعضده المذهب المشهور في أن الجارية المصراة لا يرد معها بدل اللبن وفيه وجه أنه يرد فعلى قياس ذلك الوجه قد يقال ينبغي أن يقال هنا بامتناعها بلبن آدمي لانه سلك به مسلك العين وان باعها بلبن شاة أو بقرة فعلى المذهب المشهور وما نقله الحضرمي عن النص يكون الجواز من طريق الأولى وعلى الوجه الذي حكيناه في التصرية ينبغي أن يتخرج على أن الالبان أجناس أولاً (فان جعلناها) أجناساً جاز (وان جعلناها) جنساً فيتخرج على خلاف تقدم في أن لبن آدمي من جملتها أم لا (فان قلنا) لا جاز (وان قلنا) من جنسها فقياس ذلك الوجه المنع (وأما) التمسك بجواز الاجارة عليه في كونه يسلك به مسلك المنافع ففيه وفي تسويق الاجارة عليه في باب الاجارة فالاستدلال بالحكم الثابت في التصرية أولى والله أعلم *

تعدد المقر به (المسألة الثانية) لو شهد شاهد على أنه أقر يوم السبت بألف أو بغصب تلك الدار وآخر يوم الأحد لفقنا بين الشهادتين وأثبتنا الألف والغصب لان الاقرار لا يوجب حقاً بنفسه انما هو اخبار عن ثابت فينظر إلى الخبر عنه وإلى اتفاقهما على الاخبار عنه وكذا لو شهد أحدهما على اقراره بألف بالبرية والآخر على اقراره بالعجمية ولو شهد شاهد أنه طلق يوم السبت وآخر أنه طلقها يوم الأحد لم تثبت شهادتهما لأنهما لم يتفقا على شيء واحد وليس هو اخبار حتى ينظر الى المقصود والخبر عنه وعن صاحب التقرير ان من الأصحاب من جعل الاقرارين والطلاقين على قولين بالنقل والتخريج فالامام رحمه الله (أما) التخريج من الطلاق في الاقرار فهو قريب في المعنى وان بعد في النقل لان الشاهدين لم يشهدا على شيء واحد بل شهد هذا على اقرار وشهد ذاك على اقرار آخر والمقصود من اشتراط العدد في الشهادة زيادة التوثق والاستظهار واذا شهد كل واحد على شيء لم يحصل هذا المقصود فاتجه أن لا يحكم بقولهما (وأما) التخريج من الاقرار في الطلاق فبعيد تقلا ومعنى لان من

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن ففيه وجهان قال أبو الطيب بن سلمة يجوز كما يجوز بيع السمسم بالسمسم وان كان في كل واحد منهما شيرج وكما يجوز بيع دار بدار وان كان في كل واحدة منهما بئر ماء وقال أكثر أصحابنا لا يجوز لأنه جنس فيه ربا بيع بعضه ببعض ومع كل واحد منهما شيء مقصود فلم يجوز كما لو باع نخلة مثمرة بنخلة مثمرة ويخالف السمسم لأن الشيرج في السمسم كالمعدوم لأنه لا يحصل إلا بطحن وعصر واللبن موجود في الضرع من غير فعل ويمكن أخذه من غير مشقة وأما الدار فان قلنا ان الماء يملك ويحرم فيه الربا فلا يجوز بيع احدى الدارين بالأخرى ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الوجهان مشهوران حكاهما كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهم ونسب الشيخ أبو حامد الثاني إلى عامة أصحابنا منهم أبو العباس وأبو اسحق وكذلك القاضي أبو الطيب نسبه إلى أصحابنا وقال نصر انه المذهب وقال المحاملى انه طاهر المذهب وجزم به في الباب وأصح الوجهين الثاني وبه جزم ابن أبي هريرة لما ذكره المصنف ولأنه يشبه بيع شاة معها لبن في اناء بشاة معها لبن في اناء ووافق أبو الطيب بن سلمة على امتناع بيع الشاة التي في ضرعها لبن بلبن فلذلك شبه المسألة التي خالف فيها بالسمسم بالسمسم وتلك المسألة كالسمسم بالشيرج وفرق الشيخ أبو حامد بين هذا وبين السمسم بالسمسم بفرقين (أحدهما) ما ذكره المصنف وغيره من

طلق اليوم ثم طلق غداً وللرأة رجعية فزعم أنه أراد طلقة واحدة لم يقبل منه فكيف يجمع بين شهادة شاهد على طلاق اليوم وشهادة آخر على طلاق الغد حتي لو شهد أحدهما أنه قذف يوم السبت أو بالعربية والثاني على أنه قذف يوم الاحد أو بالعجمية لم يثبت بشهادتهما شيء أو شهد أحدهما على إقراره بأنه يوم السبت قذف أو بالعربية قذفه والثاني على إقراره بأنه يوم الاحد قذفه أو بالعجمية قذفه فلا تليق أيضاً لان المقر به شيان مختلفان وقد قطع به الشيخ أبو محمد ولو شهد شاهد بالف من ثمن مبيع وآخر بالف من قرض أو شهد أحدهما بالف استقرضه يوم السبت وآخر بالف استقرضه يوم الاحد لم تثبت شهادتهما لكن للمدعى أن يعين أحدهما ويستأنف الدعوي عليه ويحلف مع الذي شهد له وله أن يدعيهما ويحلف مع كل واحد من الشاهدين وإن كانت الشهاداتتان على الإقرار شهد أحدهما أنه أقر بألف من ثمن مبيع وشهد الثاني على إقراره بألف من قرض ففي ثبوت الألف وجهان (الطاهر) انه لا يثبت أيضاً وربما بنو الوجهين على الوجهين فيما اذا ادعى عليه ألفا من ثمن مبيع فقال المدعى عليه لك على ألف ولكن من قرض هل محل للمدعى أخذ الألف لاتفاقهما عليه ولاختلافهما في

الأصحاب (والثاني) هذه وهو أن السمس إذا بيع بالسمس فالمتقصد منه الشيرج فاما التفيل الذي يكون فيه فليس بمقصود وقد وجدت المأثلة بينهما كيلا فيصح البيع ولم يمنع التفيل كالتفر بالتفر إذا كان فيهما نوى حيث لم يكن مقصوداً بخلاف الشاة بالبن فان الشاة مقصودة والبن له قسط من الثمن ولو باع شاة لبوناً بشاة لبون وهما مستفرغتا الضرع جاز قال القاضي حسين فلذلك قال المصنف في ضرعها لبن احترازاً عن هذا وافهم كلام المصنف أنا إذا قلنا ان الماء لا يملك أو قلنا بأنه يملك ولكنه ليس بربوى لا يحتاج الى الفرق ويسقط التمسك به (وان قلنا) بأنه مملوك ربوى منعنا الحكم فلا يصح القياس عليه وبيان ذلك انه ان قلنا لا يملك صح بيع الدار بالدار ولم يتناول البيع الماء فانه غير مملوك على هذا القول واذا تحطى رجل إلى البئر واستقى منها ملكه ولا يجب عليه رده مع عصيانه في دخوله الدار بغير اذن (وان قلنا) يملك وهو غير ربوى صح البيع وتناوله (وان قلنا) ربوى امتنع البيع فعلى كل التقدير احتجاج أبي الطيب بن سلمة بذلك ساقط ومنع بيع احدى الدارين المذكورتين بالأخرى على القول بأن الماء مملوك ربوى قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ لكن ابن الصباغ قال في الباب الذي بعد هذا المترجم عنه بباب الحائط يباع أصله ان ماء البئر لا يدخل في مطلق بيع الدار على الوجهين لانه في أحدهما غير مملوك وفي الأخرى بماء ظاهر ولا يدخل في البيع الا بالشرط كالطلع للمؤبر (قلت) ومتى باعه وحده لم يصح على الوجهين كما قاله ابن الصباغ أيضاً في باب بيع الثمار وبأنه لا يملك في أحدهما وفي الآخر يكون مجهولاً فيها ولا يمكن تسليمه

الجهة (ان قلنا) اختلاف الجهة يمنع الأخذ لم يثبت الألف والا ثبت ولو ادعى الفأ فشهد أحد الشاهدين على أنه ضمن الفأ والثاني على أنه ضمن خمسمائة ففي ثبوت خمسمائة قولان عن ابن سريج وهذا قريب من التخريج المذكور في الانشاءات أو هو هو ولو شهد أحد شاهدي المدعى عليه أن المدعي استوفى الدين والآخر على أنه أبرأه فلا يلفق على المذهب ولو شهد الثاني على أنه برى إليه منه قال أبو عاصم العبادي يلفق لأن اضافة البراءة الى المديون عبارة عن ايفائه وقيل بخلافه *

﴿ فرع ﴾ أورده في هذا الموضع ادعى رجل ألفين وشهد له شاهد بألفين وآخر بألف ثبت الألف وله أن يحلف مع الذي شهد بالألفين ويأخذ الكل وكذا الحكم لو كانت الشهادتان على الاقرار وقال أبو حنيفة رحمه الله انه لا يثبت الألف وسلم أنه لو شهد أحدهما بثلاثين والآخر بعشرين العشرون كالألف والألفين وفيه وجه لان لفظ الثلاثين لا يشمل علي العشرين ولفظ الألفين يشمل على الألف وربما سمع أحد الشاهدين بالألف وغفل عن الآخر ولو ادعى الفأ فشهد له شاهد بألف والآخر بألفين فالثاني شهد بالزيادة قبل أن يستشهد ففي معيره بذلك مجروحاً وجهان

لانه الى أن يسلمه يختلط به غيره ومتى باع واشترط دخوله صح بلا خلاف لان الاختلاط ههنا لا يضر لان الجميع ملك المشتري قال ابن الرقعة صرح بحكاية ذلك الامام وقال القاضي حسين ان كان في موضع لاقيمة للماء فيه يجوز وان كان في موضع الماء فيه قيمة ولم يسميا في العقد أيضاً يجوز وان سمي في العقد فانه لا يجوز ويصير كمسألة مد عجوة وبنو القاضي حسين ذلك على أصل قدمه في بيع الدار التي فيها البئر مطلقاً فصل فيه بين أن يكون للماء قيمة في ذلك المكان أولاً فقال إن كان مما لاقيمة له يدخل في العقد وقيل لا يدخل إلا بالتسمية كسائر المنقولات التي تكون في البيت وحكى عن القاضي وجهاً آخر أنه يندرج كالثمار التي لم تؤبر (واذا قلنا) بانه غير مملوك اختص به المشتري كما كان يختص به البائع وجزم الروياني في الحلية بان الماء الظاهر عند البيع لا يدخل يعني عند الاطلاق وكذا المعدن الظاهر كالنفط ونحوه وما ينبع بعده كان للمشتري والذي قاله الرافعي أن الأصح الصحة تبعاً وعلى هذا يشكل الفرق فان تبعية الماء للدار كتبعية اللبن لاشاة والظاهر عند الامام أيضاً الصحة وعلة بان الماء الكائن في البئر ليس مقصوداً ولا يرتبط به قصد (وقوله) الكائن في البئر احتراز جيد فان ماء البئر من حيث الجلة مقصود في الدار ولكن لا غرض في ذلك للقدر الكائن وقت العقد ومع قول الامام ان هذا هو الظاهر فان الثاني هو القياس وانه لا ينقدح للجواز وجه في القياس لكن عليه العمل ومعتمده سقوط القصد الى الماء الحاصل ثم أورد الامام سؤالاً وانفصل عنه أما السؤال فان خل التمر إذا بيع بخل الزبيب وقلنا ان الماء ربوي امتنع البيع والماء ليس مقصوداً في الخل كما أنه ليس مقصوداً في مسألة الدار وانفصل عنه بان

ان لم يصير مجروحاً فشهادته في الزيادة مردودة وفي المدعى قولاً تبويض الشهادة وقطع بعضهم بثبوت الالف وخص الخلاف بالتبويض بما اذا اشتملت الشهادة على ما يقتضى الرد كما اذا شهد لنفسه ولغيره فأما اذا زاد على المدعى فقوله في الزيادة ليس بشهادة بل هو كما لو أتى بلفظ الشهادة في غير مجلس الحكم (وان قلنا) انه يصير مجروحاً فقد ذكر في التهذيب أنه يحلف مع شاهد الالف ويأخذه قال الامام رحمه الله تعالى انه على هذا الوجه بما يصير مجروحاً في الزيادة فالما الالف المدعى فلا جرح في الشهادة عليه لكن اذا ردت الشهادة في الزائد كانت الشهادة في المدعى على قولي التبويض فان لم نبعضها فلواعاد الشهادة بالف قبلت لموافقتها الدعوى وهل يحتاج الى إعادة الدعوى قال فيه وجهان (أظهرهما) المنع ونحتم الباب بخاتمتين (احدهما) في فروع لائقة بالباب (منها) لو اقر بجميع ما في يده أو ينسب اليه صح فلو تنازعا في شيء انه هل كان في يده يومئذ فالقول قول المقر وعلى المقر له البينة ولو قال ليس لي مما في يدك الألف صح وعمل

الماء يستعمل على صفة الخل حتى كأنه انقلب خلا فم يخرج مقدار الماء عن كونه مقصوداً وإن كان لا يقصد ماء وهذا لا يتحقق في البئر ومائها * وقد يقال كل من الشاة ولبنها مقصود بخلاف الماء الحاصل وقت العقد في البئر فإنه غير مقصود وقد تقدم في مسألة مد عبوة الكلام في شيء من ذلك وقال الماوردي إن قلنا لا ربا في الماء جاز مطلقاً وإن قلنا فيه ربا فإن كان الماء محرراً في الأحباب فهو مملوك قطعاً ولا يجوز البيع حينئذ خوف النفاضل وإن كان في الآبار فبعض أصحابنا يزعم أن ماء البئر يكون ملكاً للمالك البئر فعلى هذا يمتنع إلا أن يكون مباحاً فيجوز لأن الماء المالح غير مشروب ولا ربا فيه وذهب جمهور أصحابنا وهو ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه أن ماء البئر لا يملك إلا بالأخذ والجاراة وكذلك ماء العين والنهر وإنما يكون للمالك البئر منع غيره من التصرف في بئر أو نهره لأن من اشترى داراً ذات بئر فاستعمل ماءها ثم ردها بعيب لم يلزمه للماء غرم ولو كان مملوكاً لزمه غرمه كما يغرم لبن الضرع ولأن مستأجر الدار له أن يستعمل ماء البئر فعلى هذا يجوز بيع دار ذات بئر فيها بدار ذات بئر فيها (قلت) وهذا الذي قاله فيه نظر فإن الذي صححوه في أحياء الموات أنه يملك ماء البئر والله أعلم * وقال ابن الرفعة بعد حكايته كلام القاضي في بيع الدار التي فيها البئر هذا لا شك فيه بناء على أصله في أن الماء لا يدخل في إطلاق العقد أما إذا قلنا يدخل كما هو وجه بعيد فهو تابع وهل يعامل معاملة المقصود أم لا فهو محل الخلاف الذي ذكره الغزالي للإمام فيما نظمه والله أعلم * نعم لك أن تقول الجزم بصحة العقد مع عدم دخول مافي البئر من الماء نظر لا يمكن أخذه إلا

بمقتضاه ولو قال لاحق لي في شيء مما في يد فلان ثم الدعي شيئاً منه وقال لم أعلم كونه في يده يوم الاقرار صدق بيمينه ولو قال لفلان على درهم أو دينار لزمه أحدهما وطول بالتعيين وعن رواية الشيخ أبي علي وجه ضعيف أنه لا يلزمه شيء ولو قال على ألف أو على زيد أو على عمرو لم يلزمه شيء وكذا لو قال على سبيل الاقرار أنت طالق أولاً فإن ذكره في معرض الانشاء طلقت كما لو قال أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك ولو قال على ألف درهم والافلان على ألف دينار لزمه وهذا للتأكيد والاقرار المطلق يلزمه ويؤاخذ به المقرر على المذهب المشهور وخرج فيه وجه أنه لا يلزمه حتى يسأل المقرر عن سبب الزوم لأن الأصل براءة الدمة والاقرار ليس موجباً في نفسه وأسباب الوجوب مختلف فيها فربما ظن ما ليس بموجب موجباً وهذا كما أن الجرح المطلق لا يقبل وكما لو أقر بان فلانا وارثه لا يقبل حتى يبين جهة الوراثه ولو قال وهبت منك كذا أو خرجت منه إليك لم يكن مقراً بالقبض لجواز أن يريد الخروج منه بالهبة وعن القفال أنه مقر بالقبض لأنه نسب إلى نفسه ما يشعر بالاقباض بعد العقد المفروغ عنه ولو أقر الآن بعين مال لابنه فيمكن أن يكون مستند اقراره ما يمنع الرجوع

مختلطاً بملك المشتري فكم لم يصح بيع الحجة بمفردها حذراً من الاختلاط بملك البائع ينبغي أن لا يصح إذا بيعت الحجة للبائع حذراً من الاختلاط بملك المشتري وان تغيل في الفرق ان الاختلاط لم يمنع من تسليم عين المبيع وهو ههنا في غير المبيع فلا يمنع التسليم فلا يمنع الصحة (قلنا) ذلك يقتضي صحة بيع الأصل وغلة ثمرة تكون للبائع ولا يتأتى تسليمها إلا بعد اختلاطها بالثمرة الحادثة على ملك المشتري والمنقول فيها عدم الصحة لكن قد يفرق بين ذلك وما نحن فيه بان الثمار مقصود الأشجار كما استعرفه ثم ولا كذلك ماء البئر في بيع الدار وأما في بيع البئر ففيه وقفة في حال كون الماء له قيمة والله أعلم * انتهى كلام ابن الرقعة * ومنع بيع النخلة المثمرة بالنخلة المثمرة من جنسها باطل اتفق عليه الأصحاب ومن صرح به ابن أبي هريرة وغيره فلو كان على أحدها ثمرة ولا شيء على الأخرى جاز وكذلك الشاة التي فيها لبن بالشاة التي لا لبن فيها صرح بها ابن أبي هريرة والماوردي إلا أن تكون أحدهما مذبوحة فذلك يمتنع لأمر آخر وهو بيع حيوان بلحم **(فائدة)** عرفت أن أبا الطيب بن سلمة قاتل بالجواز في بيع الشاة بالشاة والدار بالدار وقد صرح الغزالي في البسيط فقال في بيع الشاة اللبن بالشاة اللبن وفي ضرعهما لبن حكى أصحابنا عن أبي الطيب بن سلمة أنه جوز ذلك وذكر مسألة الدارين وأطلق الخلاف فيها ولم ينسب فيها إلى أبي الطيب بن سلمة شيئاً وفي الوسيط ذكر لفظاً مشكلاً فقال بعد

ويمكن أن يكون مستنده ما لا يمنع وهو الهبة فهل له الرجوع عن الماوردي وأبي الطيب أنهما افتيا بشبوت الرجوع تنزيلاً للاقرار على أضعف الملوك وأدنى السببين لما ينزل على أقل المقدارين وعن الشيخ العبادي أنه لا رجوع لأن الأصل بقاء الملك المقر له ويمكن أن يتوسط فيقال أن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن فالأمر كما قال القاضي وان أقر بالملك المطلق فالأمر كما قال العبادي ولو أقر في وثيقة أنه لا دعوى له علي فلان ولا طلب بوجه من الوجوه ولا سبب من الأسباب ثم قل إنما اردت في عمامته أو قبحه لافي داره وكرمه قال القاضي أبو سعيد بن يوسف هذا موضع تردد والقياس أنه يقبل لأن غايته تخصيص عموم وهو محتمل (الثانية) المقر به المجهول قد تمكن معرفته من غير رجوع إلى المقر وتفسيره وذلك بان يحيله على معروف وذلك ضربان (أحدهما) أن يقول له على من الدراهم بوزن هذه الصنجة أو بالعدد المكتوب في كتاب كذا أو بقدر ما باع به فلان عبده وما أشبه ذلك فيرجع إلى ما أحال عليه (والثاني) أن يذكر ما يمكن استخراجها من الحساب فن أمثلته مسألة المفتاح وهو أن يقول لزيد على ألف درهم إلا نصف مالا يده على ولا يئنه على ألف إلا ثلث ما لزيد على ولمعرفته طرق (أحدها) أن يجعل لزيد شيئاً ويقول للابن ألف إلا ثلث شيء فيأخذ نصفه وهو خمسمائة السادسة شيء ويسقط من ألف يبقى خمسمائة وسدس شيء وذلك يعدل شيئاً فالمقروض لزيد لأنه جعل له ألفاً إلا نصف مالا بنيه

أن جزم بالبطلان في مسألة البون وحكى الوجهين في مسألة الدارين وسوى بالمنع فيها واستشكله الفضلاء وتأويل كلامه في الوسيط وغاية ما ظهر لي في تأويله أن يكون المراد بالمنع منع الحكم المدعي وهو البطلان الذي جزم به في مسألة الشاة البون لكن لا يستمر ذلك في مسألة الدارين فانه اقتصر على حكاية الخلاف من غير ترجيح البطلان ولعل ذلك وهم من ناسخ أوسبق قلم والله أعلم * وكذلك قال ابن أبي الدم في كلامه على الوسيط ان ذلك غلط على أبي الطيب بن سلمة *

﴿ فرع ﴾ بيع الشاة التي فيها لبن ببقرة فيها لبن فيه قولان حكاهما الماوردي مأخذاً أن الألبان جنس أو أجناس وبالصححة جزم الصيمري في السكافية كما تباع النخلة بالكرم وههنا بلبن الآدمي (ان قلنا) الألبان أجناس (وان قلنا) جنس واحد فيبينه على أن لبن الآدمي معها جنس أو جنسات وفيه وجهان تقدما * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ويجوز بيع اللبن الحليب بعضه ببعض لان عامة منافعه في هذه الحال فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر بالتمر ويجوز بيع اللبن الحليب بالرائب وهو الذي فيه حموضة لانه لبن خالص وانما تغير فهو كتمر طيب بتمر غير طيب ويجوز بيع الرائب بالرائب كما يجوز بيع تمر متغير بتمر متغير ﴾

فسقط سدس شيء لسدس شيء يبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسمائة فيكون الشيء التام ستمائة وهو مالزید فاذا أخذت ثلثها وهو مائتين وأسقطته من الألف بقي ثمانمائة وهي ما قر به للاثنين (والثاني) أن يجعل ازید ثلاثة أشياء لاستثمانه الثالث منه ويستط ثلثها من الألف المضاف إلى الابن فيكون لها ألف ناقص شيء ثم تأخذ نصفه وهو خمسمائة قصة نصف شيء وتزیده على ما فرضناه ازید وهو ثلاثة أشياء تكون خمسمائة وستين ونصف شيء وذلك يعدل الالف درهم فسقط خمسمائة بخمسمائة تبقى خمسمائة في مقابلة ستين ونصف شيء فيكون الشيء ما بين وقد كان ازید ثلاثة أشياء فهي اذن ستمائة (والثالث) أن تقول استثنى من أحد الاقرارين النصف ومن الآخر الثلث فيضرب مخرج احدهما في مخرج الآخر يكن ستة ثم ينظر في الجزء المستثنى من الاقرارين وكلاهما واحد فتضرب واحداً في واحد يكون واحد اتقصه من الستة يبقى خمسة فتحفظها وتسميها المقسوم عليه ثم تضرب ما يبقى من مخرج كل واحد من الجزئين بعد اسقاطه في مخرج الثاني وذلك بان تضرب ما يبقى في مخرج النصف بعد النصف وهو واحد في مخرج الثلث وهو ثلاثة يحصل ثلاثة تضربها في الألف المذكور في الاقرار يكون ثلاثة آلاف تقسمها على العدد المقسوم عليه وهو خمسة فيخرج نصيب الواحد وهو ستمائة وهو مالزید وتضرب ما يبقى في مخرج الثلث بعد الثلث وهو اثنان في مخرج النصف وهو اثنان يكون اربعة تضربها في الألف يكون اربعة آلاف تقسمها على الخمسة فيخرج من القسمة ثمانمائة فهو ماللبن * ولو قال لزيد على عشرة إلا ثلثي لعمره ولعمره عشرة

﴿الشرح﴾ الحليب قال الشافعي رضى الله عنه في كتاب السلم من الأم هو ما يجلب من ساغية
وكن منتهى خاضية الحليب أن تقل حلاوتها وذلك حين ينتقل إلى أن يخرج من اسم الحليب والرائب فسر
الأصحاب بأنه الذي حصل فيه قليل حموضة كما ذكره المصنف رحمه الله قال الامام فيما حكى عنه والرائب
الذى خثر بنفسه من غير نار قال ابن الرفعة أى ولا القيت فيه انفحة ونحوه (أما) حكم المسألة فقد ذكر
المصنف ثلاث مسائل ومقصوده في جميعها جواز البيع من حيث الجملة وأما كونه متماثلاً أو متفاضلاً فذلك
معلوم من كون اللبان جنساً واحداً أو أجناساً ووجوب التماثل على الاول دون الثاني وقد تقدم ذلك
والمقصود هنا جواز البيع وإن ذلك ليس من الرطب الذى يمتنع بيع بعضه ببعض لأنه لا ينتهى الى
جفاف وإن معظم منفعته حال كونه لبناً ولا خلاف في جواز ذلك وقد تقدم أن الشافعي رضى الله
عنه نبه على هذا القسم وافرد له باباً وذكراً خارجاً من معنى ما يكون رطباً بما تقدم بيانه عنه
قال الشافعي هناك وجعلنا حكم رطوبته حكم جفوفه لانا لذلك نجده في كل أحواله لا منتقلاً الا
بقل غيره فقلنا لا بأس بابن حليب بابن حامض وكيف ما كان بابن كيف ما كان حليباً أو رائباً
أو حامضاً ولا حامضاً بحليب ولا حليباً برائب ما لم يخلطه ماء فاذا خالطه ماء فلا خير فيه وذكر

إلا ثلاثة أرباع مالزید تضرب الخرج في الخرج يحصل اثني عشر ثم تضرب أحد الجزئين في الباقي
وهو اثنين في ثلاثة يكن ستة تسقطها من اثني عشر يبقى ستة تضرب الباقي في مخرج الثالث بعد
اخراج الثلثين وهو واحد في أربعة يكون أربعة تضربها في العشرة المذكورة في الاقرار يكون أربعين
تقسمها على الستة يكون ستة وثلثين وذلك ما أقر به لزيد ثم يضرب واحد وهو الباقي في مخرج الربع
بعد اخراج الارباع الثلاثة في ثلاثة يكون ثلاثة تضربها في العشرة يكون ثلاثين تقسمها على الستة
يكون خمسة وهو ما أقر به لعمر والطارقان الاولان يجريان في أمثال هذه الصور بأسرها (وأما)
الطريق الثالثة فانه لا تطرد فيما اذا اختلف المبلغ المذكور في الاقرارين وتخرج فيما اذا كانت الاقرار
ثلاثة فصاعداً مثل أن يقول لزيد عشرة الا نصف ما لعمر ولعمر عشرة الا ثلث ما ليكر ول بكر عشرة
الا ربع مالزید الى تطويل لا يؤثر ذكره في هذا الموضع * ولو قال ازيد على عشرة الا نصف ما لعمر
ولعمر ستة الا ربع مالزید يكون مقراً لزيد بثمانية ولعمر بأربعة ولو قال لزيد على عشرة الا نصف
ما لعمر ولعمر عشرة الا ربع مالزید يكون مقراً لزيد بخمسة وخمسة أسباع ولعمر بثمانية وأربعة
أسباع وقد يصور صدور كل اقرار من شخص بان يدعى مالا على زيد وعلى عمرو فيقول زيد لك
على عشرة الا نصف مالك على عمرو ويقول عمرو لك على عشرة الا ثلث ما على زيد فطريق
الحساب لا يختلف *

الشافعي رضى الله عنه مسألة الحامض هنا وهو الخيض وسياق في كلام المصنف مفردا بالذكر ثم أن المصنف أفرد كل مسألة مفردة بعلّة فذكر في مسألة الحليب ما يدل على أن ذلك هو حالة الكمال لوجود غاية منافع كالتمر والفرق بينه وبين الرطب من ثلاثة أوجه (أحدها) أن عامة منافع الرطب في حال كونه تمرا وتناوله في حالة الرطوبة يعد عجلة وتفكها (والثاني) قول الشافعي رضى الله عنه أن الرطب يشرب من أصوله ويحذف بنفسه يشير إلى أن اللبن في حال كماله والرطب ليس كذلك بل ينتقل إليها (والثالث) فرق أبو اسحق أن الرطوبة في اللبن من مصلحته وهي الحافظة لمنفعته بخلاف الرطب لأنه بعد الجفاف كذلك وجاز بيع اللبن باللبن ولو كان في كل منهما زبد لأن بقاء الزبد فيه من كمال منفعته وهو في أغلب الأحوال مأكول معه بخلاف الشمع في العسل . قال الامام (فان قيل) اللبن مشتمل على السمن والخيض وهما جنسان مختلفان (قلنا) اللبن يعد جنسا واحدا كالسمن بالسمسم وفيهما الدهن والتفل وكالتمر بالتمر وفيهما الطعم والنوي قل الامام وأوقع عبارة في الفرق بين الشهد واللبن أن الشمع غير مخامر لعسل في أصله فان النحل ينسج البيوت من الشمع الحض ثم يلتقى في خلله العسل الحض فالعسل متميز في الاصل ثم مشتار العسل يخلطه بالشمع

﴿ الباب الثالث * في تعقيب الاقرار بما يرفعه ﴾

قال ﴿ وله صور (الأولى) اذا قال على الف من ثمن خمر او خنزير او من ضمان شرط فيه الخيار ففي لزومه قولان يجريان في تعقيب الاقرار بما ينظم لفظا في العادة ويبطل حكمه * وكذلك اذا قال على الف من ثمن عبد ان سلم سلمت * فعلى قول لا يطالب الا بتسليم العبد * وعلى قول يؤخذ بأول الاقرار * ولو قال الف لا يلزم لأنه غير منتظم * وقيل قولان * ولو قال على الف قضيته فالأصح انه يلزمه * وقيل قولان * ولو قال الف ان شاء الله فالأصح أنه لا يلزمه * وقيل قولان * ولو قال الف مؤجل فالأصح أنه لا يطالب في الحال * وقيل قولان * ولو ذكر الأجل بعد الاقرار لم يقبل * ولو قال الف مؤجل من جهة تحمل العقل قبل قول واحد * ولو قال من جهة القرض لم يقبل قول واحد * ولو قال على الف ان جاء رأس الشهر فهو على القولين اذ وقع لزوم الاقرار بالتعليق * ولو قال ان جاء رأس الشهر فعلى الف لم يلزمه أصلا * لأن الاقرار الملحق باطل (الثانية) اذا قال له على الف ثم جاء بألف وقال هو ودية عندي قبل * لأنه يتصور أن يكون مضمونا عليه بالتعدي وكان لازما عليه * ولا يقبل قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف بعد الاقرار وفيه قول آخر أنه لا يقبل تفسيره بالوديعة أصلا فيلزمه الف آخر * وهو اظهر فيما اذا قال على وفي ذمّي أو قال الف ديننا ﴾ *

بعض الخلط بالتعاطى والضغط وليس اللبن كذلك وهذا الفرق الذى ذكره الامام فى غاية الحسن وفى مسألة الرائب بالحليب ذكر ما يندفع به توهم أنه خرج عن حالة الكمال بما حصل فيه التغير كما أن التمر المتغير لا يخرج عن حالة الكمال ومن جزم بذلك الحاملى والقاضى أبو الطيب لكنه لم يشبهه بالرائب وإنما قال لنا حليبا بابن قد حمض وتغير طعمه يجوز وجزم ابن أبي هريرة بمسألة الرائب بالرائب كما قال المصنف وكذلك القاضى حسين وذكر الماوردى جواز الحليب بالرائب والحامض إذا لم يكن زبدها ممخوضاً لأنه بيع لبن فيه زبده بابن فيه زبده فصار كبيع الحليب بالحليب هكذا قال الماوردى ينبغى أن يحقق ما المراد بالرائب فإن ابن أبي هريرة جزم بجواز بيعه بالزبد كما سياتى والمراد بالرائب هنا ما خثر بنفسه من غير نار كما قال الامام *

﴿ فرع ﴾ والمعيار فى اللبن السكيل نص عليه الثافى والاصحاب قال الرافعى فى كلامه ما يقتضى تجويز السكيل والوزن جميعاً (قلت) وإنما فى كلام الامام ما يقتضى التردد فانه قال فان كان يوزن فكذا وان كان يكال فكذا وهذا يقتضى الشك وان لم يتحرر عندهم معياره وليس فيه حكم بتجويز الأمرين هكذا أطلقوا المسألة وكلام صاحب التهذيب صريح فى أنه يباع اللبن باللبن كيلا سواء كانا حليبين أو رائبين أو حامضين وهو ظاهر فيما عدا الرائب وأما الرائب الخاثر ففيه نظر لان الشافعى قال فى اللبا ما يقتضى أن المعيار فيه الوزن لا السكيل فقال انه لا يجوز السلم فى اللبا الا مكيلاً من قبل تكبيسه وتجافيه

يعقب الاقرار بما ينافيه أما بالاستثناء أو غيره (والثانى) ينقسم الى ما يرفعه أصلاً وإلى غيره (والأول) ينقسم الى ما لا ينتظم لفظاً فيلغو وإلى ما ينتظم فان كان مفصلاً لم يقبل وان كان موصولاً ففيه خلاف بالترتيب هذا عقد الباب واذا مرت بك مسائله عرفت أن كل واحدة من أى قبيل هى (أما) الاستثناء فسيأتى حكمه فمن المسائل اذا قال لفلان على الف من ثمن خمر أو كلب أو خنزير نظر ان وقع قوله من ثمن خمر منفصلاً عن قوله على الف فتلزمه الألف وان كان موصولاً ففيه قولان (أحدهما) وهو اختيار المزنى وأبى اسحق انه يقبل ولا يلزمه شيء لأن السكيل كلام واحد فيعتبر بآخره ولا يتبعض كلامه (والثانى) لا يقبل فيعتبر أوله ويلغى آخره لأنه وصل باقراره ما يرفعه فاشبهه ما اذا قال على الف لا تلزمنى أو فصل قوله عن ثمن خمر عن الاقرار وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله فعلى هذا لو قال المقر كان ذلك من ثمن خمر وظننته لازماً فله تحليف المقر له على نفية ويجرى القولان فيما إذا وصل باقراره ما ينتظم لفظه فى العادة ولكنه يبطل حكمه شرعاً إذا أضاف المقر به إلى بيع فاسد كالبيع باجل مجهول وخيار مجهول أو قال تكفلت ببدن فلان بشرط الخيار أو ضمننت لفلان كذا بشرط الخيار وما أشبه ذلك وفى كلام الأئمة ذكر مأخذين لهذا الخلاف

فى المكىال اللبن الرائب فىه شبه من اللباوقد يقال ان عقد اللبا أكثر فلذلك يتجافى بخلاف الرائب وقد تعرض الامام لهذا الاشكال فاورد على نفسه أنه إذا خثر الشىء كان أثقل والذى يحويه المكىال من الخثر يزيد على الرقيق من جنسه بالوزن زيادة ظاهرة وأجاب بأن منع بيع الدبس بالدبس غير مبني على التفاوت فى الوزن مع التساوى فى المكىال فانا لو اعتبرنا ذلك لجوزنا بيع الدبس بالدبس إذا كان يوزن ولكننا اعتمدنا خروج الدبس عن حالة الكمال وأما الرائب الخثر فقد قلع الاصحاب بجواز بيعه بالابن وجواز بيع بعضه ببعض ويتجه فى بيع بعضه ببعض أن يقال الانعقاد جرى فى الابن على تساوى ولا يربو فى الاناء اذا انعقد رائباً ولا ينتص فانه طبيعة فى نفس الابن عقاده وليس من جهة ذهاب جزء وبقاء جزء فأما بيع الخثر بالابن فان كان يوزن فيظهر تجويزه فان كان يكال فبيع اللبن الحليب بالرائب الخثر كىلا فيه احتمال ظاهر فى المنع ووجه التجويز تشبيه الخثر بالحنة الصلبة المغللة تباع بالرخوة فالخثر بالحليب يشبه الحنة الصلبة بالرخوة انتهى كلام الامام * ومن هنا قل الرافعى إن فى كلام الامام ما يقتضى تجويز الكىل والوزن وأنت قد سمعت كلام الامام وليس فيه حكم بكىل ولا وزن وإنما فيه انه تردد وكأنه لم يتحرر عنه هل هو مكىل او موزون وقد صرح الرافعى والاصحاب بانه مكىل فتلخص من هذا أن بيع الرائب بالرائب كىلا جائز جزماً وبيع الرائب بالحليب كىلا جائز وفيه احتمال للامام وعند الاحتمال فى المسألتين فى الرائب بالرائب وفى الرائب

(أحدهما) بناء على القولين فى تبعض الشهادة إذا شهد لابنه واجنبى ولك أن تقول هذا لا يشبه مسألة الشهادة لأن الشهادة للاجنبى والشهادة للابن أمران لا تعاق لأحدهما بالآخر وإنما قرن بينهما الشاهد لفظاً والخلاف فيها شبهه بالخلاف فى تفريق الصفة وأما ههنا فالمدكور أولاً مستند الى المدكور آخراً ولكنه فاسد فى نفسه مفسد الاول ولهذا لو قدم ذكر الخثر فقال لفلان على من ثمن الخثر الف لم يلزمه شىء بحال وفى الشهادة لافرق بين أن يقدم الابن أو الاجنبى ثم هب انهما متقاربان لكن ليس بناء الخلاف فى الاقرار على الخلاف فى الشهادة بأولى من القلب والعكس (والثانى) أنه يجوز بناء هذا الخلاف على الخلاف فى حد المدعى والمدعى عليه (ان قلنا) المدعى من لو سكت ترك فهنا لو سكت عن قوله من ثمن خمر لترك فهو باضافته الى الخثر مدع فلا يقبل قوله ويحلف المقر له (وان قلنا) المدعى من يدعى أمراً باطناً قبل قول المقر لان الظاهر معه وهو براءة الذمة والمقر له هو الذى يدعى أمراً باطناً وهو زوال أصل البراءة ولك أن تقول لو صح هذا البناء لما افترق الحال بين أن يضيفه الى الخثر موصولاً أو منقولاً ولوجب أن يخرج التعقب بالاستثناء على هذا الخلاف وقال الامام رحمه الله بعد ذكر القولين كنت أود لو فصل بين أن يكون المقر جاهلاً بأن

بالحليب لما ذكرته من كلام الشافعي في اللبا والله أعلم * وما ذكره الامام من انعقاد اجزائه على تساويه ومن تشبيهه بالحنطة الصلبة والرخوة ممنوع وقال ابن الرفعة اللبن الخاثر يظهر ان يكون كالسمن الرائب قال وفي كلام الامام ما يدل على انه يجوز كياله ووزنه وكأنه تبع الرافعي فيما فهم من كلام الامام *

﴿ فرع ﴾ يشترط في بيع الحليب بالجن ان يكياله ولا رغو فيه فلو كان فيه رغو فيها اوفي احدهما لم يصح حتى يسكن للجهل بالتماثل وحقيقة التفاضل وهذا مستفاد من قول الشافعي في السلم انه اذا اسلف فيه مكيل فليس له ان يكياله برغوته لا تزيد فليست بلبن يبقى بقاء اللبن مع ان بيع الحليب وعليه الرغو لا يجوز مطلقا كيلا نص عليه الصيمري في شرح الكفاة للجهل بالمقصود فاما وزنا فلا بأس اذا كان بغير جنسه *

ثمن الخمر لا يلزم وبين ان يكون عالما فيعذر الجاهل دون العالم لكن لم يصح اليه أحد من الاصحاب * (ومنها) اذا قال على الف من ثمن عبد لم أقبضه اذا سلمه سلمت الالف ففيه طريقان (أحدهما) أن قبول قوله من ثمن عبد لم أقبضه على القولين السابقين وفي قول يقبل ولا يطالب بالالف الا بعد تسليم العبد وفي قول يؤخذ بأول الاقرار ولا يحكم بثبوت الالف ثمنا وهذا ما أورده في الكتاب (وأصحها) القطع بالقبول وثبوته ثمنا ويفارق صور القولين فان المذكور آخرها منها يرفع المقر به وههنا بخلافه وعلى هذا فلو قال على الف من ثمن عبد واقتصر عليه ثم قال مفصولا لم أقبض ذلك العبد قبل أيضا لانه علق الاقرار بالعبد والاصل فيه عدم القبض نعم لو اقتصر على قوله لفلان على الف ثم قال مفصولا هو من ثمن عبد لم أقبضه لم يقبل ولا فرق عندنا بين أن يعين العبد فيقول على الف من ثمن هذا العبد اذا سلمه سلمت الالف وبين أن يطلق فيقول من ثمن عبد وقال أبو حنيفة رحمه الله ان عين قبل وان أطلق لم يقبل ولزمه الالف (ومنها) لو قال على الف قضيته ففيه طريقان (أحدهما) القطع بلزوم الالف لقرب اللفظ من عدم الالتزام فان ما قضاها لا يكون عليه بخلاف قوله من ثمن الخمر فانه ربما يظن لزومه وهذا أصح عند صاحب الكتاب (وأصحها) عند الجمهور أنه على القولين لأن مثله يطلق في العرف والتقدير كان له على الف قضيته ويجرى الطريقان فيما اذا قال لفلان على الف ابرأني عنه ولو ادعى عليه الفأ فقال قد قضيته فالمشهور ما ذكرناه في الباب الاول وهو انه اقرار وجعله أبو على البندنجي بمثابة ما لو قال على الف قضيته (ومنها) اذا قال على الف ان شاء الله فالصحيح أنه لا يلزمه شيء لانه لم يلزم بالاقرار وقد علقه على المشيئة وهي غيب عننا أيضاً فان الاقرار اخبار عن واجب سابق والواقع لا يتعلق بالغير وعن صاحب التقرير ان من الاصحاب

﴿ فرع ﴾ قال القاضي حسين وصاحب التهذيب الهريدي بالهريدي لا يجوز لتأثر النار فيه (قلت) والهريدي ^(١) *

﴿ فرع ﴾ ويجوز بيع الخائر بالحليب والرائب والحامض أيضاً لان التفاوت بين الخائر وغيره في الوزن والوزن لا اعتبار به لان الميار فيه السكيل قاله الرافعي *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رضي الله عنه في الام لاخير في لبن مغلى بلبن على وجهه لان الغلاء ينقص اللبن وواقفه الشيخ أبو حامد والمحاملي ونصر المقدسي والبغوي ولو كان مسخناً من غير غليان صح قاله الروياني *

﴿ فرع ﴾ شرط جواز بيع هذا اللبن باللبن أن لا يكون فيه ماء فاما إذا كان فيه ماء فلا يجوز بيعه بمثله ولا بالخالص بلا خلاف *

(١) بياض
بالاصل فحرر

من جعله على الخلاف فيما اذا قال من ثمن خمر لانه لو اقتصر على أول الكلام لكان اقراراً جازماً ولو خرجوا طريقاً آخر جازماً باللزوم لكان قريباً بناء على أن تعاقب السابق لا ينتظم وبهذا قال احمد * ولو قال على الف ان شئت أو شاء فلان فالشهور بطلان الاقرار وقال الامام رحمه الله الوجه تحريمه على القولين لانه نفي بآخر كلامه مقتضى أوله قال وليس ذلك كقوله ان شاء الله وان شاء زيد فان مثل هذا الكلام يطلق للاتزام في المستقبل ألا ترى أنه لو قال لك على كذا ان رددت عبيدي الآبق كان ذلك الترام في المستقبل ولو قال على الف اذا جاء رأس الشهر أو اذا قدم فلان اطلق مطلقون أنه لا يكون اقراراً لان الشرط لا أثر له في ايجاب المال والواقع لا يعاقب بالشرط وذكر الامام رحمه الله وغيره أنه على القولين لان صدر الكلام صيغة التزام والتعليق يرفع حكمه ويمكن أن يكون اطلاق من أطلق اقتصاراً على الاظهر من القولين في المسألة وهذا اذا أطلق وقال قصدت التعليق أما اذا قال قصدت به كونه مؤجلاً الى رأس الشهر فسيأتي ولو قدم التعليق فقال ان جاء رأس الشهر فعلى الف لم يلزمه شيء لانه لم توجد صيغة التزام جازمة نعم لو قال أردت به التأجيل برأس الشهر قبل وفي التتمة حكاية وجهه أن مطلقه يجعل على التأجيل برأس الشهر وبهذا أجاب فيما اذا أخر صيغة التعليق فقال على الف اذا جاء رأس الشهر ولم يذكر غيره فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب لم يلزمه أصلاً - بالواو - قوله في الصورة الاولى فهو على قولين أيضاً ولعلك تقول ما حكيت في صورة التعليق افهمني أن ظاهر المذهب بطلان الاقرار فيما اذا قال من ثمن الخمر والخنزير ان الاصح عند العراقيين وغيرهم لزوم ما أقر به قول من فارق (والجواب) أنه يمكن أن يقال دخول الشرط على الجملة يصير الجملة جزءاً من الجملة الشرطية والجملة اذا صارت جزءاً من جملة أخرى

﴿ فرع ﴾ إذا حمى اللبن قليلا بحيث لا تأخذ النار منه فلا يمنع بيع بعضه ببعض قاله الشيخ أبو حامد ونصر ويجوز بيع لبن العنم بابن البقر متفاضلا على الصحيح * المشهور أنها أجناس وكذلك يجوز بيع أحد الصنفين بما يتخذ من لبن الصنف الآخر وقد تقدم التنبيه على ذلك فان فرعنا على ان الألبان جنس فلا يباع أحدهما بالآخر إلا على الوجه المذكور فيما تقدم ومن صرح بذلك هنا صاحب التهذيب *

تغير معناها (وقوله) من ثمن خمر أو خنزير لا يغير معنى صدر الكلام وإنما هو بيان جهته فلا يلزم من أن لا يبيع الاقرار عند التعليق بل يلغى تحرراً من اتخاذ جزء الجملة جملة برأسها أن لا يبيع في الصورة الأخرى (ومنها) لو قال على الف مؤجل الى وقت كذا نظر ان ذكر الأجل مفصولا لم يقبل وان ذكره موصولاً ففيه طريقان كالطريقين فيما إذا قال ألف من ثمن عبد لم أقبضه والظاهر القبول وبه قال أحمد وإذا قلنا لا يقبل فالقول قول المقر له مع يمينه في نفي الأجل وبه قال أبو حنيفة رحمه الله واعلم لذلك (قوله) في الكتاب لا يطالب في الحال بالخاء قال الامام وموضع الطريقين ما إذا كان الدين المقر به مطلقاً أو مستنداً إلى سبب وهو بحيث يتعجل ويتأجل (أما) إذا استند إلى جهة لا تقبل التأجيل كما إذا قال ألف أقرضني مؤجلاً فيلغو ذكر الأجل بلا خلاف وان أسنده إلى جهة يلزمها التأجيل كالدية المضروبة على العاقلة فان ذكر ذلك في مسدود إقراره بان قال قتل ابن عمي فلانا خطأ ولزمني من دية ذلك القتل كذا مؤجلاً إلى سنة انتهاءها كذا فهو مقبول لا محالة وان قال علي كذا من جهة تحمل العقل مؤجلاً إلى وقت كذا فطريقان (أحدهما) القطع بالقبول لانه كذلك يثبت (والثاني) أنه على القولين والطريق الأول هو المذكور في الكتاب لكن الثاني أظهر لان أول كلامه ملزم لو اقتصر عليه وهو في الاسناد إلى تلك الجهة مدع كما في التأجيل *

﴿ فرع ﴾ لو قال بعثك أمس كذا فلم تقبل فقال قد قبلت فهو على قولي تبعية الاقرار ان بعضناه فهو مصدق بيمينه في قوله قبلت وكذا الحكم فيما إذا قال لعبدك اعتقتك على ألف فلم تقبل ولامرأته خالعتك على ألف فلم تقبلي وقالنا قبلنا *

﴿ فرع ﴾ إذا قال إني أقر الآن بما ليس على فلان على ألف أو ما طلقت امرأتى ولكن أقر بطلاقها فأقول طلقتها عن الشيخ أبي عاصم أنه لا يصح اقراره وقال صاحب التتمة الصحيح انه كما لو قال على ألف لا يلزمني فلان ولو قال على ألف وزعم أنه ودية فاما أن يذكر ذلك منفصلاً أو متصلاً (الحالة الأولى) وهي المذكورة في الكتاب أن يذكره منفصلاً فان أتى بألف بعد اقراره وقال أردت هذا وهو ودية عندى فقال المقر له هو ودية ولى عليك ألف آخر دينا وهو الذى

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

ولا يجوز بيع اللبن بما يتخذ منه من الزبد والسمن لأن ذلك مستخرج منه فلا يجوز بيعه به كالشيرج بالسهم ولا يجوز بيعه بالخبيض لأن الخبيض لبن نزع منه الزبد والحليب لم ينزع منه الزبد فاذا بيع أحدهما بالآخر تفاضل اللبنان ولا يجوز بيعه بالشيراز واللأ والجبن لأن أجزاءها قد انفقدت فلا يجوز بيعها باللبن كيلا لأنهما يتفاضلان ولا يجوز بيعها وزناً لأن اللبن مكيل فلا يباع بمجنسه وزناً *

أردته باقرارك ففيه قولان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله وأحمد أن القول قول المقر له فما أتى به وديعة وعليه ألف ديناً لأن كلمة علي تقتضي الثبوت في الذمة ولهذا لو قال علي ما على فلان كان ضامناً والوديعة لا تثبت في الذمة فلا يجوز التفسير بها (وأصحهما) أن القول قول المقر مع يمينه لان الوديعة يجب حفظها والتخليّة بينها وبين المالك فلعله أراد بكلمة علي الاخبار عن هذا الواجب ويحتمل أيضاً أنه تعدى فيها حتى صارت مضمونة عليه فلذلك قال هي علي وأيضاً فقد تستعمل علي بمعنى عندي وفسر بذلك قوله تعالى مخبراً (ولهم على ذنب) وحكى الامام طريقة فاطمة بالقول الثاني والمشهور اثبات القولين وقد نسبهما الشيخ أبو حامد إلى نسه في الأم ولو كان قد قال على الف في ذمّي أو ألف ديناً ثم جاء بألف وفسر كما ذكرنا فان لم يقبل في الصورة الأولى فهنا أولى وان قبلنا هناك فوجهان (أحدهما) يقبل لجواز أن يريد الألف في ذمته ان تلفت الوديعة لأنّي تعديت فيها (وأصحهما) أنه لا يقبل والقول قول المقر له مع يمينه لان العين لا تثبت في الذمة (وقوله) في الكتاب تفريعاً على قبول التفسير بالوديعة فلا يقبل قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف أراد به ما ذكره الامام من أن الأصحاب قالوا الألف مضمون وليس بأمانة لأن قوله على يتضمن الالتزام فلو ادعى تلف الألف الذي زعم أنه وديعة لم يسقط الضمان عنه ولو ادعى رده لم يصدق لانه ضامن وانما يصدق المؤمن والمفهوم من هذا الكلام أنه لا يصدق في دعوى تلفه بعد الاقرار أو رده لكن فيه إشكال توجيهها ونقلها أما التوجيه فان كلمة على يجوز أن يريد بها صيرورتها مضمونة عليه لتعديده ويجوز أن يريد بها وجوب الحفظ والتخليّة ويجوز أن يريد بها عندي كما سبق وهذان المعنيان لا ينافيان الأمانة وأما النقل فلأن قضية ايراد غيرها أنه ان ادعى أنه تلف أورده قبل الاقرار لم يصدق لان التالف والمردود لا يكون عليه بمعنى من المعاني فان ادعى التلف بعد الاقرار فيصدق وقد صرح به صاحب الشامل في موضعين من الباب (الحالة الثانية) أن يذكره على الاتصال فيقول لفلان على ألف وديعة فيقبل وتأويل كلامه على ما مر وعن الشيخ أبي اسحق أنه على القولين فيما لو قال على

﴿ الشرح ﴾ قال القاضي أبو الطيب الذي يتخذ من اللبن أحد عشر شيئاً كذا في النسخة وصوابه اثني عشر الزبد والسمن والخيض واللبا والاقط والمصل والجبن والسيرار والدجنين والكشك والطينح والسكرامين قالها القاضي أبو الطيب وغيره والكبيح قاله القاضي حسين والقول الجلي أن اللبن لا يجوز بيعه بما يتخذ منه من جميع ذلك وفي التفصيل مسائل فنوردها كما أوردتها المصنف واحدة واحدة (المسألة الأولى) بيع اللبن بالزبد قال الشافعي في المختصر ولا خير في زبد غنم بلبن غنم لأن

الف قضيته وهو متوجه تقريراً على عدم القبول حالة الانفصال (واذا قلنا) بالقبول فإذا أتى بألف وقال هذا هو فبيع به وإن لم يأت بشيء وادعى التلف أو الرد ففي القبول وجهان بناهما في التهذيب على تأويل كلمة على أن حملناها على وجوب الحفظ قبل وهو الأصح وإن حملناها على صيرورته مضموناً عليه فلا يجوز أن يثبت في الحالة الأولى مثل هذا الخلاف نظراً إلى المعنيين ولو قال معي أو عندي الف فهو محتمل للأمانة مصدق في قوله أنه كان وديعة وفي دعوى التلف والرد ولو قال له عندي الف درهم مضاربة ديناً أو وديعة ديناً فهو مضمون عليه ولا يقبل قوله في دعوى التلف والرد نص عليه ووجهوه بأن كونه ديناً عبارة عن كونه مضموناً فإن قال أردت به أنه دفعه إلى مضاربة أو وديعة بشرط الضمان لم يقبل قوله لأن شرط الضمان في الأمانة لا يوجب الضمان هذا إذا فسر منفصلاً وإن فسر متصل فففيه قولاً تبعض الاقرار ولو قال عندي الف عارية فهي مضمونة عليه صححنا إعاره الدراهم أو أفسدناها لأن الفاسد كله صحيح في الضمان ولو قال دفع إلى القائم فسر به وديعة وزعم تلفها في يده صدق بيمينه وكذا لو قال أخذت منه ألفاً وقال أبو حنيفة رحمه الله إذا قال أخذت منه الفأثم فسر به وديعة وقال المأخوذ منه بل غضبته فالحق قول المقر له لأن الأخذ منه قد لا يكون برضاه ودفعه يكون برضاه وعن القفال أنه قال المذهب عندي أنه يفرق بين اللفظين كما قال أبو حنيفة رحمه الله ولو ذكره على الاتصال فقل أخذت من فلان ألفاً وديعة فعند أبي حنيفة لا يقبل وعلى ما ذكره القفال يجيء فيه القولان في تبعض الاقرار وظاهر المذهب لا يخفى *

قال ﴿ الثالثة إذا قال هذه الدار لك عارية قبل لأن الإضافة باللام تحتمل العارية إذا وصل به * وقيل وفيه قولان * ولو قال هي لك هبة ثم قال أردت هبة قبل القبض قبل أيضاً ولو قال وهبت وأقبضت * أو رهننت وأقبضت ثم قال كذبت لم يقبل * ولو قال ظننت أن القبض بالقول قبض * أو أشهدت على الصك على العادة * وهل تقبل دعواه ليحلف الخصم فيه خلاف * ولو أقر ثم قال لقنت بالعربية وهو عجمي لا يفهم قبل دعواه بالتحليف *

الزبد شيء من اللبن وقال في الأم . معني ذلك وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم واختلفوا في تعليله فلا كثرون على ما يشعر به كلام الشافعي أن الزبد شيء من اللبن يعني فإذا باعه باللبن واللبن مشتمل على الزبد فيكون قد باع زبداً بزبد متفاضلاً وقال أبو اسحق لان في الزبد شيئاً من اللبن يعني فيكون بيع لبن بلبن متفاضلاً قال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي والماوردي والتعليل الاول هو الصحيح قال أبو الطيب ولم يذكر أبو اسحق ذلك في الشرح وهو باطل ببيع اللبن باللبن

الفصل يشتمل على ثلاث مسائل (احداها) اذا قال هذه الدار لك عارية فهو اقرار بالاعارة وله الرجوع عنها وقال صاحب التقريب هي لك اقرار بالملك لو اقتصر عليه وذكر العارية معه ينافيه فيكون على القولين في تبعض الاقرار وأجابوا عنه بان الاضافة باللام تقتضي الاختصاص بالملك أو غيره فان تجردت وأمكن الحمل على الملك حمل عليه لأنه أظهر وجوه الاختصاص وان وصلها وذكر وجهاً آخر من الاختصاص أو لم يمكن الحمل على الملك كقولنا الجبل للفرس حمل عليه ولو قال هذه الدار لك هبة عارية باضافة الهبة إلى العارية أو هبة سكتي فهو كما لو قال لك عارية بلفظ (الثانية) الاقرار بالهبة لا يتضمن الاقرار بالقبض على المشهور وفي الشامل ذكر خلاف في المسألة اذا كانت العين في يد الموهوب منه وقل أقبضتني ولو قال وهبت وخرجت منه إليه فقد مر أن الظاهر أنه ليس باقرار بالقبض أيضاً وكذا لو قال وهبت منه وملكها قاله في التهذيب أما اذا أقر بالقبض مع الهبة فقال وهبت وأقبضت أو سلمته منه أو حازه منى لزمه الاقرار فلو عاد وأنكر القبض وذكر لاقراره تأويلاً أو لم يذكره فهو كما ذكرنا في الرهن اذا قل رهنت وأقبضته ثم عاد وأنكر المذكور في الرهن أنه له تحليفه وقيل لا يحلفه الا أن يذكر للاقرار تأويلاً (وقوله) في الكتاب أو رهنت وأقبضت كالمكرر لانه أوردته ثم الا انه أورد الخلاف ههنا فيما اذا ذكر لاقراره تأويلاً وهناك أجاب بالأصح وهو انه يحلف ولو أقر ببيع أو هبة وقبض ثم قال كان ذلك فاسداً وأقررت لظني الصحة لم يصدق لكن له تحليف المقر له فان نكل حلف المقر وحكم بطلان البيع والهبة ولو أقر باتلاف مال على انسان وأشهد عليه ثم قال كنت عازماً على الاتلاف فقدمت الاشهاد على الاتلاف لم يلتفت اليه بحال بخلاف ما لو أشهد على نفسه ثم قال كنت عازماً على أن استقرض منه فقدمت الاشهاد على الاستقرض لان هذا معتاد وذلك غير معتاد (الثالث) اقرار أهل كل لغة بلغتهم اذا عرفوها صحيحة نلو أقر عجمي بالعربية أو بالعكس وقال لم افهم معناه ولكن لقنته فتلقنته صدق بيمينه إن كان ممن يجوز ان لا يعرفه وكذلك الحكم في جميع العقود والحلول وكذا لو أقر ثم قل كنت يوم الاقرار صغيراً وهو محتمل صدق بيمينه اذا

(فان قيل) فالابن بالبن في كل منهما زيد فهلا امتنع (فالجواب) عنه كما قيل في بيع السمسم بالسمسم وهو مذكور في مسألة بيع الشيرج بالسمسم فان الجواب مذكور عنهما معا كذلك ذكره الشيخ أبو حامد (المسألة الثانية) بيع الابن بالسمن لا يجوز لما تقدم من تعليل الشافعي وجزم به الأصحاب منهم ^(١) والرافعي قال الشيخ أبو حامد والحاملي وههنا يبطل تعليل أبي اسحق لأنه لو كان المعنى ما ذكره لجاز ههنا وهذا الالتزام نزل علي أن أبا اسحق غير مخالف في ذلك قال الحاملي وكان يجب

الاصل الصغر وكذلك لو قال كنت مجنوناً وقد عهد له جنون ولو قال كنت مكرهاً وثم أمارات الاكراه من حبس أو توكيل فكذلك وان لم تكن أمارة لم يقبل قوله والأمارة انما تثبت باقرار المقر له أو بالبينه وانما تؤثر إذا كان الاقرار بان ظهر منه الحبس والتوكيل أما إذا كان في حبس زيد لم يقدح ذلك في الاقرار لعمره ولو شهد الشهود على إقراره وتعرضوا لبلوغه وصحة عقله واختياره فادعي المقر خلافه لم يقبل لما فيه من تكذيب الشهود ولا يشترط في الشهادة التعرض للبلوغ والعقل والطواعية والحرية والرشد ويكتفي بان الظاهر وقوع الشهادة على الاقرار الصحيح وفي مجهول الحرية قول أنه يشترط التعرض للحرية وخرج منه اشتراط التعرض لسائر الشروط والمذهب الأول قال الأئمة وما يكتب في الوثائق أنه أقر طائعاً مع صحة عقله وبلوغه احتياط ولا تقيد به شهادة الاقرار لكونها طائعاً وأقام الشهود عليه بينة على كونه مكرهاً قدم بينة الاكراه ولا تقبل الشهادة على الاكراه مطلقاً بل لابد من التنفصيل (وقوله) في الكتاب في مسألة التلقين تقبل دعواه التحليف انما قيد اللفظ فيما لا يصدق فيه الشخص لكنه يحلف فيه الخصم وههنا هو مصدق على ما بينا *

(١) بياض
بالاصل فحرر

قال (الرابعة) إذا قال الدار لزيد بل لعمره وسلم إلى زيد ويغرم لعمره في أقيس القولين *
ولو قال غصبتها من زيد ولمسكها لعمره ويبرأ بالتسليم إلى زيد فله مرتين أو مستأجر *

فيهما سألان (أحدهما) إذا قال غصبت هذه الدار من زيد لابل من عمرو أو قال غصبت هذه الدار من زيد وغصبتها من عمرو أو قال هذه الدار لزيد لابل لعمره فتسلم الدار لزيد وهل يغرم المقر قيمتها لعمره فيه قولان منصوصان (أحدهما) وهو الذي نقله في المختصر في الصورة الأولى أنه لا يغرم لأنه اعترف للثاني بما يدعيه وانما منع الحكم من قبوله وأيضاً فان الاقرار الثاني صادف ملك الغير فلا يلزمه شيء كما لو أقر لعمره بالدار التي هي في يد زيد لعمره (والثاني) أنه يغرم به قال أحمد لأنه حال بين عمرو وبين داره باقراره الأول والحيلة تثبت الايمان بالانلاف ألا ترى أنه لو غضب عبداً فأبق من يده ضمنه وهذا أصبح عند الأكثرين وفي الصورة الثالثة طريقة قاطعة بأنه يجب الغرم مذكورة في التهذيب والتتمة موجهة بأنه لم يقر بمجانبة في ملك الغير بخلاف صورتين الأولتين فانه أقر فيهما بالغصب فضمن لذلك وقال أبو حنيفة رحمه

أن يقول أبو اسحق ههنا أنه لا يجوز بيع الابن بالسمن ولا خلاف على المذهب أن ذلك لا يجوز قال الامام (فان قيل) قد ذكرتم أن الابن في حكم جنس واحد لا اختلاط فيه فجوزوا بيع الابن بالسمن بناء على أن الابن جنس واحد (قلنا) هذا فيه بعض الغموض من طريق التعليل ولكنه متفق عليه وفي معناه بيع السمس بالشيرج مع تجويز بيع السمس بالسمس وأنعى الممكن فيه ان الابن إذا قوبل بالسمن فلا يمكن أن يجعل مخالفا للسمن فأما يجانسه بما فيه من السمن لا بصورته وطعمه وإذا اعتبرنا

الله إذا قال غصبت هذه الدار من فلان بل من فلان غرم للثاني ولو قال هذه لفلان بل لفلان لا يغرم للثاني فيجوز أن يعلم لذلك (قوله) في الكتاب ويغرم لعمره بالحاء ويجوز أن يعلم (قوله) على أقيس القولين بالواو إشارة إلى الطريقة القاطعة بنفي الغرم واختلفوا في موضع القولين حيث ثبتا فقال قائلون هما مخصوصان بما إذا انتزعا الحاكم من يد المقر وسلمها إلى زيد فلما إذا سلمها إلى زيد بنفسه غرمها لعمره بلا خلاف وقال آخرون يجران في الحالين لأن سبب انتزاع القاضي أيضاً إقراره ولو باع عيناً وأقبضها واستوفى الثمن ثم قال كنت قد بعته من فلان أو غصبت لم يقبل قوله على المشتري وفي غرامته القيمة للمقر له طريقان (أحدهما) أنه على القولين (وأصحهما) عند صاحب التهذيب ورواه الماسرخسى عن ابن أبي هريرة القطع بأنه يغرم لتفويته عليه بتصرفه وتسليمه لأنه استوفى عوضه وللعوض مدخل في الضمان ألا ترى أنه لو غر بخرية أمة فنكحها واحبلها ثم أجهضت بجناية جان يغرم للمغرور الجنين للمالك الجارية لأنه يأخذ الغرة ولو سقط ميتاً من غير جناية لا يغرم وينبني على هذا الخلاف أن مدعى العين المبيعة هل له دعوى القيمة على البائع مع بقاء العين في يد المشتري (ان قلنا) لو أقر يغرمه القيمة فله دعواها والا فلا ولو كان في يد انسان عيناً فانتزعا منه مدع يمينه بعد نكول صاحب اليد ثم جاء آخر يدعيها هل له طلب القيمة من الأول (ان قلنا) النكول ورد اليين كالبينة فلا كما لو كان الانتزاع بالبينة وان جعلناها كالأقرار ففي سماع دعوى الثاني عليه القيمة الخلاف (الثانية) إذا قال غصبت هذه الدار من زيد ولمسكها لعمره سلمت الدار إلى زيد لأنه اعترف له باليد (والظاهر) كونه محققاً فيها ثم الخصومة في الدار تكون بين زيد وعمره ولا تقبل شهادة المقر لعمره لأنه غاصب وفي غرامته لعمره طريقان (أحدهما) أنه على القولين فيما إذا قال غصبتها من زيد للمقر لا بل من عمرو واختاره في التهذيب (وأصحهما) القطع بأنه لا يغرم لان الأقرارين هناك متنافيين والأقرار الأول مانع من الحكم بالثاني وههنا لامنافاة لجواز أن يكون الملك لعمره وتسكون في يد زيد باجارة أو رهن أو وصية بالمنافع فيكون الآخذ منه غاصباً منه ولو آخر ذكر الغصب فقال هذه الدار ملكها لعمره وغصبتها من زيد فوجهان (أظهرهما) أن الحكم كما في الصورة الأولى لعدم التنافي

السمن انتظم منه أنه يبيع سمناً بسمن ومخيض فاما اللبن باللبن فيعتمد تجانس اللبن في صفته الناجزة ولا ضرورة تحوج إلى تقدير تفريق الأجزاء (قلت) وهذا كما تقدم له في بيع السمن بالشيرج ولو قال قائل ما للضرورة الداعية إلى تقدير تفريق الأجزاء عند مقابلة اللبن بالسمن والسهم بالشيرج لاجوج الي جواب غير هذا (المسألة الثالثة) بيع اللبن بالمخيض وهو الرذغ الذي استخرج منه الزبد جزم به الاصحاب لا يجوز لما تقدم من تعليل الشافعي والمصنف افرد به بالعلة التي ذكرها لانه مستبعد

فتسلم إلى زيد ولا يغرم لعمره (والثاني) أنه إذا أقر بالملك أولاً لم يقبل إقراره باليد لغيره فتسلم إلى عمرو وفي العرم لزيد القولان هكذا أطلقوه وفيه مباحة لانا اذا غررنا المقر في الصورة السابقة للثاني فانا نغرمه القيمة لانه أقر بالملك وههنا جعلناه مقراً باليد دون الملك فلا وجه لتغريمه القيمة بل القياس أن يسأل عن يده أكانت باجارة أو برهن أو غيرها فان أسندها إلى الاجارة غرم قيمة المنفعة وان أسندها إلى الرهن غرم قيمة المرهون ليتوثق به في دينه وكأنه اتلف المرهون ثم ان وفي الدين من موضع آخر فترد القيمة عليه (وقوله) في الكتاب يبرأ بالتسليم إلى زيد يجوز اعلامه بالواو لانه اراد البراءة عن الغرم لعمره على ما هو بين في الوسيط وقد عرفت الخلاف فيه *

(فرع) اذا قال غصبت هذه العين من أحدكما فيطالب بالتعيين فان عين أحدهما سلمت إليه وهل للثاني تحليفه ينني على أنه لو أقر للثاني هل يغرم له القيمة (ان قلنا) لا فلا (وان قلنا) نعم فنعم لانه ربما يقر له اذا عرضت اليمين عليه فيغرم فعلى هذا ان نكل ردت اليمين على الثاني واذا حلف فليس له الا القيمة ومهم من قال (ان قلنا) ان النكول ورد اليمين كالافراز من المدعى عليه فالجواب كذلك اما اذا قلنا كاليمين فتتنزع الدار من الاول وتسلم إلى الثاني ولا غرم عليه للاول وعلى هذا فله التحليف (وان قلنا) لا يغرم القيمة لو أقر للثاني طمعاً ان ينكل فيحلف المدعى ويأخذ العين وان قال المقر لا أدري من أيكما غصبت وأصر عليه فان صدقاه فالعين موقوفة بينهما حتي يتبين المالك أو يصطلحا وكذا أن كذبا وحلف لها على نفى العلم هذا طاهر المذهب في الفرع وللشيخ ابى على فيه تطويل في شرح الفروع لكنه لم ينتقح لي تنقيح كلامه فتركته *

قال ﴿ الخامسة اذا استثنى عن الاقرار مالا يستغرق صح كقوله على عشرة الا تسعة يلزمه واحد * ولو قال عشرة الا تسعة الاثمانية يلزمه تسعة لان الاستثناء من النفي اثبات كما أنه من الاثبات نفي ﴾ الكلام من هذا الموضع إلى آخر الباب في الاستثناء وهو جائز في الاقرار والطلاق وغيرها بشرط أن يكون متصلاً ولا يكون متفرقاً فان سكوت بعد الاقرار طويلاً أو تكلم بكلام اجنبى عما هو فيه ثم استثنى لم ينفع الاستثناء ولو استغرق فقال عشرة الا عشرة فعليه العشرة

أن يقال ان الخيض متخذ من اللبن بل هو نفس اللبن نزع منه الزبد لاسيما على العلة التي ذكرها في الزبد والسمن أنه مستخرج من اللبن وجمع بذلك بينه وبين الشيرج مع السمس فان ذلك لا يصح أن يقال في الخيض فلماذا أفردته وكذلك القاضي أبو الطيب صنع كما صنع المصنف وقال أيضا ولأنه لا يجوز بيع الكسب بالسمس وان كان أبو اسحق في بيع اللبن بالزبد لا يجعل للزبد الكامن في اللبن حكما فيلزمه أن يجوز اللبن بالخيض لانتفاء العلة التي ذكرها في اللبن بالزبد فيرد عليه

لأن هذا الاستثناء غير منتظم في البيان ولو قال على عشرة الا تسعة أو سواء واحد صح الاستثناء ولزمه في الصورة الاولى درهم وفي الثانية تسعة ولا فرق بين استثناء الاقل من الاكثر وبين عكسه وعن احمد أنه لا يجوز استثناء الاكثر من الاقل (فقوله) في الكتاب يلزمه واحد يصح اعلامه بالالف لذلك ويصح اعلامه بالميم لان في التثنية أن مالكا لا يصح عنده استثناء الآحاد من العشرات ولا المئين من الألوف وانما يصح استثناء العشرات من المئين والألوف وفي الذخيرة للبندنجي أن مالكا لا يصح الاستثناء في الافرار اصلا ثم الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفي اثبات لأنه مشتق من النفي وهو الصرف والصرف انما يكون من الاثبات الى النفي وبالعكس فلو قال على عشرة الا تسعة الا ثمانية فعليه تسعة المعنى الا تسعة لا يلزم الا ثمانية فتلزم فتكون الثمانية والواحد الباقي من العشرة والطريق فيه وفي نظائره أن يجمع كل ماهو اثبات وكل ماهو نفي فيسقط المنفي من المثبت فيكون الباقي هو الواجب فالعشرة في الصورة المذكورة والثمانية مثبتتان يجمعها وبسقط التسعة المنفية من المجموع يبقى تسعة ولو قال عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة وهكذا الى الواحد فعليه خمسة لان الاعداد المثبتة ثلاثون والمنفية خمسة وعشرون قال الامام وطريق تمييز المثبتات من المنفيات ان ينظر الى العدد المذكور أولا فان كان شفعا فالأوتار منفية والاشفاع مثبتة وان كان ورا فالعكس ولهذا شرط وهو أن تكون الاعداد المذكورة على التوالي الطبيعي أو يتلو كل شفع منها ورا وبالعكس ولو قال ليس لفلان على شيء الا خمسة فعليه خمسة ولو قال ليس له على عشرة الا خمسة لم يلزمه شيء عند الاكثرين لان عشرة الا خمسة خمسة فكأنه قال ليس على خمسة وفي النهاية وجه آخر أنه يلزمه خمسة بناء على أن الاستثناء من النفي اثبات ولو أتى باستثناء بعد استثناء والثاني مستغرق صح الأول وبطل الثاني مثاله قال على عشرة الا خمسة الا عشرة أو عشرة الا خمسة الا خمسة يلزمه خمسة وان كان الاول مستغرقا كقوله عشرة الا عشرة الا أربعة فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه عشرة ويبطل الاستثناء الاول لاستغراقه والثاني يلزمه أربعة ويصح الاستثناء آن لان الكلام انما يتم بآخره وآخره يخرج الاول عن كونه مستغرقا ويصير كانه استثنى من

هنا كما ورد عليه في اللبن بالسمن (المسألة الرابعة) بيعه بالشيرارى وهو ^(١) واللبا والجبن والعلة في الثلاثة ما ذكره المصنف وكذلك علل اتقضى أبو الطيب وزاد هو وأبو حامد أن في الجبن أنفحة وملح فيكون بيع لبن وشيء بلبن وزاد أبو حامد أن النار قد أخذت منه وفي معناها بيع اللبن بالأقط قال الشافعى رضى الله عنه في الأم ولا خير في لبن غنم باقط غنم من قبل أن الاقط لبن معقود فإذا بعث اللبن بالأقط اجزت اللبن باللبن مجهولا ومتفاضلا أو جمعتها معا فإذا اختلف اللبن والأقط فلا بأس وصرح به الأصحاب كذلك وكذلك الطينج الذى يتخذ من اللبن لأن أجزاءه معقودة ومخالطة غيره فلا يجوز بيعها بحليب قاله أبو الطيب وفصل ابن الصباغ فقال إن لم تنعقد أجزاءه وإنما سخن فانه يجوز بيع بعضه ببعض كالعسل المصفى بالسمن أو النار الخفيفة وإن طبخ حتى انعقدت أجزاءه أو اختلط معه غيره لم يحز ورأيت في شرح الكفاية للصيمرى أنه يجوز بيع الحليب باللبا متفاضلا يدأ بيد والطاهر أن ذلك غلط في النسخة وكذلك الاقط لا يجوز بيعه باللبن للعللة التى ذكرها وعلم القاضي الرويانى امتناع بيع اللبن باللبا بأن أصله السكيل واللبا المعمول للأكل لا يكال لأن النار عقدت

(١) يياض
بالاصل فحرر

أول الكلام ستة قال فى الشامل وهذا أقيس (والثالث) يلزمه ستة لأن الاستثناء الاول باطل لاستغراقه فيكون وجوده كعدمه ويرجع الاستثناء الى أول الكلام ولو قل على عشرة الا عشرة الاخسة فعلى الوجه الاول يلزمه عشرة وعلى الآخرين خمسة هذا إذا لم يكن فى الاستثناء عطف أما إذا قال عشرة الاخسة والا ثلاثة أو على عشرة الاخسة وثلاثة فهذا جميعا مستثنيان من العشرة ولا يلزمه الا درهمان فان كان العدد ان بحيث لو جمعا حصل الاستغراق كما اذا قال على عشرة الا سبعة وثلاثة فيلزمه عشر لأن الواو تجمعهما وتوجب الاستغراق أو ينخص الثانى بالبطلان لأن الأول صح استثناءه والثانى مثل العدد الباقي فهو المستغرق فيه وجهان قال الشيخ أبو على (أصحهما) الثانى ورأى أن يفرق بين قوله عشرة الا سبعة وثلاثة وبين قوله عشرة الا سبعة الا ثلاثة فيقطع فى الصورة الثانية بالبطلان لأنها استثناء مستقلان فيحصل من ذلك وجه ثالث فارق ومهما كان فى المستثنى والمستثنى منه عددان معطوف أحدهما على الآخر فى الجمع بينهما وجهان كما فى الصورة السابقة أصحهما ويحكي عن نفيه فى الطلاق وبه أجاب ابن الحداد والأكثر أن لا يجمع لأن الواو العاطفة وإن اقتضت الجمع لكسها لا تخرج الكلام عن كونه ذا جملتين من جهة اللفظ والاستثناء ويدور على اللفظ مثاله اذا قال على درهم ودرهم الا درهمان إن لم يعممه لزمه ثلاثة لانه استثنى درهمين من درهم وإن جمعنا لزمه درهم فكان الاستثناء مستغرقا ولو قال ثلاثة الا درهما ودرهمين فان لم نجمع لزمه درهمان وإن جمعنا فثلاثة ولو قال درهم فدرهم ودرهم الا درهما ودرهما لزمه

أجزاءه فيؤدى إلى التفاضل وعلل فى ذلك بالباقي بالجنين والمصل وشبههما وكذلك المصل لا يجوز بيعه باللبن للعلة المذكورة وفيه ملح أيضاً قوله أبو حامد وأبو الطيب والحاملى والمصل ماء الأقط على المشهور عصارة الأقط حين يطبخ ويعصر وقيل ماء اللبن النقي وقيل الخيض وكذلك الكشك لهذه العلة وما فيه من الحشائش قاله أبو الطيب وهو قريب من الكشك الذى يعمل فى بلادنا فإنه يدش القمح ويعجن باللبن الحامض أو غيره ويصير ذلك من قاعدة مدعجوة وقد وقع فى كلام الامام اطلاق الكشك يعنى آخر شرحه ابن الرفعه بلقمح المهروش المزال عنه القشر فقط الذى يعمل منه طعام التمجية وليس ذلك المراد هنا وقد تقدم الكلام على ذلك وأنه لا يجوز بيع بعضه ببعض وعدم جواز الجن باللبن نص عليه الشافعي فى باب بيع الأجل من الأم والاصحاب ومحلّه اذا كانا من جنس واحد (فائدة) قال الاصمعي أو اللبني اللبن مقصور مهموز *

﴿ فرع ﴾ جزم ابن أبى هريرة فى التعليق بأن الرائب بالزبد جائز قال لأن ما فيه تابع *

﴿ فرع ﴾ بيع الحليب بالحليب أو بغيره من الألبان إنما يجوز اذا لم يكن فى واحد منهما ماء

ثلاثة على الوجهين لانا ان جمعنا جمعنا فى الطرفين وان لم نجمع كان مستثنيا درهما من درهم وحكم هذه الصورة فى الطلاق كحكمها فى الاقرار وقد ذكر صاحب الكتاب أكثرها فى الطلاق ولو قال على عشرة الا خمسة أو ستة قال فى التمه يلزمه اربعة لان الدرهم الرائد مشكوك فيه فصار كما لو قال على خمسة أو ستة لم يلزمه الا خمسة ويمكن أن يقال يلزمه خمسة لانه اثبت العشرة واستثنى منه خمسة واستثنى درهم زائد مشكوك فيه فلو قال على درهم غير دانيق ففضية النحو وبه قل بعض الاصحاب أنه ان نصب غير فعليه خمسة دوانيق لانه استثناء والافعليه درهم تمام اذا المعنى عليه درهم لادانيق وقال الاكثرون الساقى الى فهم أهل العرف منه الاستثناء فيحمل عليه وان أخطأ فى الاعراب والله اعلم *

قال ﴿ السادسة الاستثناء من غير الجنس صحيح كقوله على ألف درهم لأوب معناه قيمة ثوب ﴾ ثم تفسر بما ينقص قيمته عن الألف * فلو استغرق بطل تفسيره فى وجهه * وأصل استثناءه فى وجهه *

الاستثناء من غير الجنس صحيح كما إذا قال على ألف درهم لإثوباً أو عبداً وقال مالك وأبو حنيفة لا يصح إلا المكيل والموزون والمعدود ويستثنى بعضها من بعض مع اختلاف الجنس وقال أحمد لا يصح ذلك بحال وحجة المذهب مشهورة فى الأصول ثم عليه أن يبين ثوباً وتستغرق قيمته الألف فان استغرق فالتفسير لغو وفى الاستثناء وجهان (أحدهما) أنه لا يبطل لأنه صحيح من حيث اللفظ وإنما الخلل

قال أبو الطيب وغيره في قال الشافعي في الأم ولا خير في الحليب بالضررب لأن في الضررب ماء فان كن يطرح فيه بالضررب فهذا معني آخر فلا يجوز بيع الدوغ بالحليب لأنه يؤدي الى تفاضل اللبنين وحملوا قول الشافعي على الخيض الذي طرح فيه ماء للضررب *

(تنبيه) بيع الشيء بما يتخذ منه يمتنع في جميع المطعومات لا اختصاص له باللبن جائز في الذهب والفضة كالمداخل والصوابي المصبوغة نقل الحاملي هذا الاصل عن نصه في الصرف والفرق بينهما أن الذهب والفضة اذا اتخذ منه مصوغ فان ذلك المتخذ لا يستحيل بالصياغة بل هو ذهب وفضة على ما كان عليه وما يتخذ من المطعومات يستحيل عن صفته فاذا بيع بأصله كيلا بكيل حصل التفاضل بالنسبة الى حالة الادخار *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وأما بيع ما يتخذ منه بعضه ببعض فانه ان باع السمن بالسمن جاز لانه لا يخالطه غيره قال الشافعي رحمه الله والوزن فيه أحوط وقال أبو اسحق يباع كيلا لان أصله الكيل ﴾ *

فما فسر به اللفظ فيقال له هذا التفسير غير صحيح ففسره بتفسير صحيح (والثاني) أنه يبطل الاستثناء ويلزمه الألف لانه بين ما أراد باللفظ فكأنه تلفظ به والوجه الأول أصح عند صاحب التهذيب وقال الامام وغيره الثاني أصح وهو الأشبه ويصح استثناء المجل من المجل والمجل من الفصل وبالعكس فالأول كما اذا قال الف إلا شيئاً فيبين جنس الألف أو لا ثم يفسر الشيء بما لا يستغرق الألف من الجنس الذي بينه المفسر به (والثاني) كما إذا قل شيء إلا درهماً يفسر الشيء بما يزيد على الدرهم وان قل وكذا لو قال الف إلا درهماً ولا يلزمه من استثناء الدرهم أن يكون الألف دراهم ومهما بطل التفسير في هذه الصورة ففي بطلان الاستثناء الوجهان وان اتفق اللفظ في المستثنى والمستثنى منه كما إذا قال على شيء إلا شيئاً أو مال إلا مالاً فقد حكي الامام عن القاضي وجهين (أحدهما) أنه يبطل الاستثناء كما لو قال على عشرة إلا عشرة (والثاني) لا يبطل لوقوعه على القليل والكثير فلا يمتنع حمل الثاني على أقل ما يتمول وحمل الاول على الزائد على أقل ما يتمول قال وفي هذا التردد غفلة لانا إن أغينا استثناءه اكتفيناً بأقل ما يتمول وان صحناه ألزمناه أيضاً أقل ما يتمول فيتفق الجوابان ويمكن أن يقال حاصل الواجب لا يختلف لكن التردد غير خال عن الفائدة فانا اذا بطلنا الاستثناء لم نطالبه الا بتفسير اللفظ الأول وان لم نطالبه طالبا بتفسيرهما وله آثار في الامتناع من التفسير وكون التفسير الثاني غير صالح للاستثناء الأول وما أشبه ذلك *

قال ﴿ السابعة الاستثناء عن العين صحيح كقوله هذه الدار لفلان الا ذلك البيت ﴾ والخاتم

(الشرح) يجوز بيع السمن بالسمن ومن جزم به ابن أبي هريرة والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي والماوردي وابن الصباغ والقاضي حسين والرافعي لما ذكره المصنف ولأنه لا يدخر ولا يتأثر بالنار وأطلق كثيرون المسألة ولم يحكموا فيها خلافاً وحكى الماوردي وجهاً أن الجامد لا يباع بعضه ببعض لأن أصله الكيل وهو متعذر في هذه الحالة وهذا الوجه مردود مخالف لاطلاق الشافعي والاصحاب وصورة المسألة في السمن بالسمن من جنس واحد كسمن الفم بسمن الفم أما سمن الفم بسمن البقر فقد حكينا خلافاً في كون الاستمان جنساً أو أجناس فعلى الأول الحكم كذلك وعلى الثاني يجوز يداً يسد وهو الذي أورده الصيمري في شرح الكفاية أى وإن كان متفاضلاً وإذا بيع السمن بالسمن يباع وزناً على الصحيح ونص عليه الشافعي كما قاله المصنف وقد صرح الشافعي رحمه الله في باب الاجتهاد من كتاب الرسالة أن السمن والعسل والزيت والسكر وموزونات وقال أبو عبيد في غريب الحديث إن السمن عند أهل المدينة بالوزن واستدل هو والشافعي على ذلك بأثر نقله عن عمر رضى الله عنه *

الا الفص * وهؤلاء العبيد الا واحداً * ثم له التعيين * فان ماتوا الا واحداً فقال هو المستثنى قبل * وقبل فيه قولان *

صحته من المطلقان كما اذا قال هذه الدار لفلان الا هذا البيت وهذا القميص الا كيه وهذه الدراهم الا هذا الواحد وهذا القطيع الا هذه الشاة ونظائره وفيه وجه أنه لا يصح لان الاستثناء المعتاده هو الاستثناء من الاعداد المطلقة واما المعينات فالاستثناء فيها غير معهود ولأنه إذا أقر بالمعين كان ناصحاً على ثبوت الملك فيه فيكون الاستثناء بعده رجوعاً والاول طاهر المذهب وقد نص عليه في بعض الصور المذكورة واقتصر في الكتاب ههنا على ما هو الظاهر لكه قال في الطلاق لو قال أر بعثكن طوائق الا ثلاثة لم يصح هذا الاستثناء عند القاضي الحسين كما لو قال هؤلاء الا عبد الأربعة لعلان إلا هذا الواحد لم يصح لان الاستثناء في المعين لا يعتاد وأجاب بعدم الصحة من غير ذكر الخلاف والكلام في مسألة الطلاق يأتي في موضعه ولو قال هؤلاء العبيد لعلان الا واحداً فالمستثنى منه معين والمستثنى غير معين وهو الصحيح إذا جوزنا الاستثناء من المعين والرجوع اليه في غير المعين فان ماتوا إلا واحداً فقال هو الذي أردته بالاستثناء قبل قوله مع يمينه لانه محتمل وفيه وجه أنه لا يقبل للهمة ونذرة مثل هذا الاتفاق وهو ضعيف باجماع من نقله (وقوله) في الكتاب قبل وقيل فيه قولان يقتضى أولاً أن يكون الخلاف قولاً ونائباً إثبات طريقين طريقة جازمة وطريقة خلافية وفيهما نظر من جهة النقل ولو قال غضبتهم إلا واحداً فماتوا الا واحداً فقال هو المستثنى قبل بلا خلاف لان أثر الاقرار ينفي

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رضي الله عنه في الام في باب جماع السلف في الوزن لا بأس أن يسلف في شيء وزنا وان كان يباع كيلا ولا في شيء يباع كيلا وان كان يباع وزنا اذا كان لا يتجافى في المكيال مثل الزيت الذي هو ذائب ان كان يباع في المدينة في عهد النبي ﷺ ومن بعده وزنا فلا بأس أن يسلف فيه كيلا وان يباع كيلا فلا بأس أن يسلف فيه وزنا ومثل السمن والعسل وما أشبهه من الآدم فان قل قائل فكيف كان يباع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم قلنا الله أعلم * أما الذي أدركنا المتبايعين به عليه فاما ما قل منه فيبيع كيلا والجملة الكبيرة تباع وزنا ودلالة الاخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا أكل سمن مادام السمن يباع بالأواق وتشبه الأواق أن تكون كيلا انتهى كلام الشافعي رضي الله عنه وفي قوله وتشبه الأواق أن تكون كيلا نظر وقد قال الشافعي في الأم في باب الآجال ما يمكن أن يتمسك بظاهره في أن السمن مكيل فانه قال ولا يجوز اللبن باللبن إلا مثلا بمثل كيلا بكيل يدا بيد وتكلم في أجناس الالبان وأحكامها ثم قل بعد ذلك والسمن مثل اللبن فظاهره أنه مثله في جميع الاحكام المذكورة ومن جملتها

في الضمان وكذا لو قتلوا في الصورة الأولى الا واحداً لان حقه يثبت في القيمة فلو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت منها لي أو هذا الخاتم لفلان وفصه لي قبل لأنه اخراج بعض ما يتناوله اللفظ فكان كالاستثناء وقد فرغنا من شرح أبواب الكتاب سوي الأخير ونذكر قبل الشروع فيه مسائل وفروع بقيت علينا مما يورد تعدد في الافرار وان كان بعضها أجبنا عنه (منها) جارية في يد انسان جاء غيره وقال بعثك هذه الجارية بكدا أو سلمتها اليك فأد الثمن وقال من في يده بل زوجتها على صداق كذا وهو على فاما أن يجري هذا التنازع وصاحب اليد لم يولدها أو يجرى بعد أن أولدها (فاما) في الحالة الأولى فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه الآخر فان حلفا سقط دعوى الثمن والنكاح ولا مهر سواء دخل بها صاحب اليد أو لم يدخل لأنه وان أقر بالمهر ان كان مالكا فهو منكره وتعود الجارية إلى المالك ثم أحد الوجهين أنها تعود اليه كما يعود المبيع إلى النافع لافلاس المشتري بالثمن (والثاني) أنها تعود بجهة أمها لصاحب اليد بزعمه وهو يستحق الثمن عليه فقد ظفر بهير جنس حقه من ماله فعلى هذا يبيعها ويستوفى ثمنها فان فضل شيء فهو لصاحب اليد ولا يحل له وطؤها وعلى الأول يحل له وطؤها والتصرف فيها ولا بد من التلفظ بالفسخ وان حلف أحدهما دون الآخر نظر ان حالف مدعى الثمن على نفي التزويج وكل صاحب اليد عن اليين على نفي الشراء حالف المدعي اليين المردودة على المشتري ووجب الثمن وان حالف صاحب اليد على نفي الشراء وكل الآخر على نفي التزويج حلف صاحب اليد المردودة على النكاح وحكم له بالنكاح وبأن رقبتهما للآخر ثم لو ارتفع النكاح بطلاق أو

الكيل لكن تصريح الشافعي الذي تقدمت حكايته مقدم على هذا الظاهر ومبين أن ذلك غير عائد إلى جميع ما تقدم في كلام الشافعي والله أعلم * وفصل القاضي حسين بين أن يكون ذائباً أو جامداً فإن كان جامداً يباع وزناً وإن كان ذائباً يباع كيلاً وتبعه على ذلك صاحب التهذيب والرافعي وقال أنه توسط بين وجهين أطلقهما العراقيون فحكوا عن المنصوص أنه يوزن وعن أبي إسحق أنه يكال واستحسنه في الشرح الصغير والماوردي جزم في الذائب بالكيل وحكى في الجامد وجهين (أحدهما) لا يجوز بيع بعضه ببعض لأن أصله الكيل (والثاني) يجوز وزناً لأن الوزن أخصر والكيل فيه متعذر *

(فرع) قال الشافعي في الام ولا خير في سمن غنم بزبد غنم بحال لأن السمن من الزبد يقع متفاضلاً أو مجهولاً وهما مكيلان أو موزونان في الحال التي يتبايعان ومن صنف واحد (فائدة) الأسمان أجناس مختلفة نص عليه الشافعي في الام في تفريع الزيت من العسل وقد تقدم قول صاحب الرنق في حكاية القولين فيها وقال الروياني إن سمن النعم وسمن البقر يجب أن يكونا على قولين كالالبان والذي قاله الروياني متعين لانا إذا قلنا البان جنس واحد لزمه أن تكون الأسمان كذلك

غيره حلت السيد في الظاهر وكذا في الباطن إن كان كاذباً وعن القاضي الحسين أنه إذا نكل أحدهما عن اليمين المعروضة عليه اكتفى من الثاني بيمين واحدة يجمع فيها بين النفي والاثبات والمذهب الأول (الحالة الثانية) إذا كان قد أولدها صاحب اليد فالولد حر والجارية أم ولد باعتراف المالك القديم وهو يدعي الثمن فيحلف صاحب اليد على نفيه فإن حلف على نفي الشراء لسقط عنه الثمن المدعى وهل يرجع المالك عليه بشيء فيه وجهان (أحدهما) أنه يرجع بأقل الأمرين من الثمن أو المهر لأنه يدعي الثمن وصاحب اليد مقر له بالمهر فالأقل منهما متفق عليه (والثاني) لا يرجع بشيء لأن صاحب اليد أسقط الثمن عن نفسه بيمينه والمهر الذي يقربه لا يدعيه الآخر ولا يتمكن من المطالبة به وهل لصاحب اليد تحليف المالك على نفي الزوجية بعد ما حلف على نفي الشراء فيه وجهان (أحدهما) لا لأنه لو ادعى ملكها وتزويجها بعد اعترافه بأنها أم ولد لآخر لم يقبل فكيف يحلف على ما لو أقربه لم يقبل (والثاني) نعم طمعاً في أن ينكل فيحلف ويثبت له النكاح فلو نكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء حلف المالك القديم الردودة واستحق الثمن وعلى كل حال فالجارية مقررة في يد صاحب اليد فانها أم ولده أو زوجته وله طؤها في الباطن وفي الظاهر وجهان (أحدهما) الحل ووجه المنع أنه لا يدري أنه يطأ زوجته أو أمته اعتذر الامام عن هذا النص فقال ليس المنع في هذه الصورة لاختلاف الجهة بل لأن المالك في زمن الخيار للمشتري على قوله وإذا ثبت المالك انفسخ النكاح والمالك الثابت ضعيف لا يفيد حل الوطء ونفقتها

للاتحاد فى الاسم والأصل وقد تقدم عن الزخائر أن السمن مخالف لسائر الادهان فلا خلاف أى سواء قلنا الادهان جنس أو احناس والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ فان باع الزبد بالزبد ففيه وجهان (أحدهما) يجوز كما يجوز بيع السمن بالسمن واللبن باللبن (الثانى) لا يجوز لان الزبد فيه لبن فيكون بيع لبن وزبد بلبن وزبد ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ جزم الشيخ أبو حامد والحاملى بأنه لا يجوز بيع الزبد بالزبد لما ذكره المصنف فى تعليل ذلك ولاهما ايضا على غير حالة الادخار وجزم فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة بالجواز وأبو الطيب حكى الوجهين كما حكاهما المصنف والصيمرى وابن الصباغ والرافعى والقاضى حسين والامام حكاية عن الصيدلانى فاحد الوجهين الجواز قال الماوردى وهو أصح عندى وبه قال ابن أبى هريرة كما تقدم عن تعليقه لان ما فى الزبد من بقايا اللبن غير مقصود فكان كالنوى فى التمر وبيع الحليب بالحليب وقال الفورانى والرويانى ان قول المنع حكاه القاضى أبو حامد والمزواوى عن

على صاحب اليد إن جوزنا له الوطء وإلا فوجهان ذكرهما أبو اسحق (أحدهما) أنه على المالك القديم لانها كانت عليه فلا يقبل قوله فى سقوطها وإن قبلها عليه وهو زوال الملك وزوال الاستيلاء (وأصحهما) أنها فى كسب الجارية ولا يكلف بها المالك القديم كما لا يكلف بنفقة الولد وان كانت حرته مستفادة من قوله أيضا فعلى هذا لو لم يكن لها كسب كانت من محايج المسلمين ولومات الجارية قبل موت المستولد ماتت رقيقة وللمالك القديم أخذ الثمن مما تركته من اكتسابها لان المستولد يقول انها باسرها له وهو يقول انها للمستولدة وله عليه الثمن فيأخذ حقه منها والفاضل موقوف لا يدعيه أحد وإن ماتت بعد موت المستولد ماتت حرة وما لها نوارثها النسب فان لم يكن فهو موقوف لان الولاء لا يدعيه واحد منهما وليس للمالك القديم أخذ الثمن من تركتها لان الثمن يزعمه على المستولدة وهى قد عتقت بموته فلا يؤدى دينه بما جمعه بعد الحرية هذا كله فيما اذا أصرا على كلامها أما اذا رجع المالك القديم وصدق صاحب اليد لم يقبل فى حرية الولد وثبوت الاستيلاء ويكون اكنسابها له مادام المستولد حيا فإذا مات عتقت وكان اكنسابها له ولو رجع المستولد وصدق المالك القديم لزمه الثمن وكان ولاؤها له (ومنها) اقرار الورثة على الميت بالدين والعين مقبول كأقراره ولو أقر بعض الورثة عليه بدين وأبكر البعض فقولان القديم وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ان على المقر أيضا جميع الدين من نصيبه من الستركة إن كان وافيًا والاصرف جميع نصيبه اليه لان الدين مقدم على الميراث فإذا أقر بدين على الميت لا يحل له شيء

الشافعي والاكثرون انما حكوا ذلك وجهين والاصح عند الراعي المنع لان مافيه من الخيض يمنع المائلة وهو قريب مما علل به المصنف وشبه الامام ذلك ببيع الشهد بالشهد فان صفات السمن لاثمة من الزبد كما العسل في الشهد بخلاف اللبن باللبن فانه في مدرك الجنس كالجنس الواحد (فان قلت) الرغبة التي في الزبد غير مقصودة (قلت) وان لم تكن مقصودة الا انها تؤثر في التماثل والجنس متحد فيصير كبيع حنطة بحنطة مشتملة على حبات من الشعير تؤثر في السكيل فان ذلك باطل وان لم تكن الحبات من الشعير مقصودة لأجل اتحاد الجنس * والمراد بالزبد اذا كان من جنس واحد كزبد الغنم بزبد العنق فلو اختلف الجنس جاز قاله الصيمري وغيره وما في كل منهما من اللبن والرغوة غير مقصود والمائلة غير واجبة * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان باع الخيض بالخيض نظرت فان لم يطرح فيه الماء جاز لأنه بيع لبن بلبن وان طرح فيه ماء للضرب لم يحز لتفاضل الماءين وتفاضل اللبنين ﴾ *

من التركة ما بقي شيء من الدين ويحكي هذا عن ابن سريج واختاره القاضي الروياني والجديد أنه لا يلزمه من الدين الا نسبة نصيبه من التركة لأن الوارث لا يقر بالدين على نفسه وانما يقر على الميت بحكم الخلافة عنه وأيضا فان أحد الشريكين في العبد المشترك اذا أقر بجناية لم تلزمه الا بحصته فكذلك ههنا وقل بعض المتلقين عن الشيخ ابن عاصم يجب القطع بأن على المقر توفية جميع الدين مما في يده عند الامكان فان المقر في نصيبه لا ينفاعد عن الأجنبي في جملة التركة ولو أقر أجنبي بدين في التركة يستغرقها لزمه اقراره حتى اودقت التركة يوما من الدهر الزم بصرفها الى ذلك الدين والقولان محمولان على أن باقراره ثبت جميع الدين على الميت تبعا لثبوته على المقر أم لا يثبت الا حصته وفائدته التقدم على الوصية في قول يتقدم جميع الدين للمقر به على الوصايا وعلى قول حصته والمشهور الأول (واذا قلنا) بالجديد فلومات المنكر ووارثه المقر فهو ملزمه جميع المقر به الآن فيه وجهان (أصحها) نعم لحصول جميع التركة في يده ويتفرع على القولين فرعان (أحدهما) لو شهد بعض الورثة بدين على المورث (ان قلنا) لا يلزمه بالاقرار الا حصته تقبل (وان قلنا) الجميع لم تقبل لأنه متهم باسقاط بعض الدين عن نفسه ولا فرق بين أن تكون الشهادة بعد الاقرار أو قبله لأنه متهم بالعدول من طريق الاقرار الى طريق الشهادة وعليه اظهار ما على مورثه بأحد الطريقين وعند أبي حنيفة ان شهد قبل الاقرار قبل وان شهد بعده فلا (الثاني) كيس في يد رجلين فيه الف درهم فقال أحدهما لثالث لك نصف ما في الكيس فيحمل اقراره على النصف الذي في يده او على نصف ما في يده ووربع الجميع فيه وجهان بناء على القواين السابقين ونفي على الخلاف فيما اذا أقر بأحد الشريكين في العبد المشترك بالسوية بنصفه أنه يحمل على نصيبه أم يوزح النصف

﴿الشرح﴾ تقدم في كلام المصنف أن الخيض لبن نزع منه الزبد فلذلك لم يحتاج إلى تقييده بأن يكون منزوع الزبد فإذا كان زبده فيه لا يجوز بيعه فلا يباع بمثله ولا بزبد ولا سمن * أما المنزوع الزبد وهو الدوغ فيباع بالزبد والسمن نص عليه الشافعي والأصحاب * وأما بيعه بمثله فإن لم يكن فيه ماء جاز للمائلة جزم بذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي وابن الصباغ والرافعي والقاضي حسين ومال المتولي إلى المنع لأنه ليس على حالة الادخار ولا على حال كمال المنفعة فليكن كبيع الدقيق بالدقيق فإنه مجهول التساوى حالة الكمال وإن طرح فيه ماء للضرب وهو (١) لم يجز جزم به أبو الطيب والقاضي حسين وصاحب التتمة وقال أنه لا خلاف فيه كما ذكره المصنف وهو مقتضى كلام الرافعي ولا فرق فيما فيه ماء بين أن يباع بمثله أو بالحالص ومن صرح بذلك القاضي حسين * وأعلم أن الشافعي رضي الله عنه نص على أنه لا يجوز السلف في الخيض قال لأنه لا يكون مخيضاً إلا بإخراج زبده وزبده لا يخرج إلا بالماء ولا يعرف المشتري كم فيه من الماء لخفاء الماء في اللبن انتهى * وهذا الكلام من الشافعي يقتضى أنه لا يجوز بيع الخيض بالخيض مطلقاً فإن كان في الخيض ما يتصور نزع الزبد منه بغير ماء صح كلام الأصحاب ولزم القول بجواز السلم فيه وكذلك أطلق الصيغري أنه لا يجوز بيع الخيض بالخيض لأجل الماء وكذلك قال الماوردي أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا أن طريق إخراج الزبد بغير ماء فيجوز بيعه بمثله فينزل كلام المصنف على ذلك *

(١) يياض
بالأصل فخر

المقرر به علي النصفين وهذا الخلاف الثاني مذكور في الكتاب في باب العتق (ومنها) مات عن اثنين فأقر أحدهما بأن أباه أوصى لزيد بعشرة فهو كما لو أقر عليه بدين فعلى القديم تتعلق كل العشرة بثلث نصيبه وعلي الجديد يتعلق نصف العشرة بثلث نصيبه وبه قال أبو حنيفة بخلاف ما قال في الإقرار بالدين ولو أقر أحدهما بأنه أوصى بربع ماله وأنكر الآخر فعلى المقر أن يدفع ربع ما في يده إلى الموصى له ولو أقر بأنه أوصى بعين من أعيان أمواله نظر أن لم يقسم التركة فنصيب المقر في تلك العين يصرف إلى الموصى له وإن كانت في يد المنكر فللموصى له أخذ نصف القيمة من المقر لأنه فوته عليه بالقسمة ولو شهد المقر للموصى له قبلت شهادته ويفرم المشهود عليه نصف قيمة العين كما لو خرج بعض أعيان التركة مستحقاً (ومنها) لو قال لعبد أعتقتك على ألف وطالبه بالألف فأنكر العبد وحلف سقط دعوى المالك ويحكم بعق العبد لإقراره وكذلك لو قال بعث منك ابنك بكدا فأنكر فكذلك لإقراره بصيرورته حراً إذا دخل في ملك أبيه (ومنها) إذا قال لنلان عندى خاتم ثم جاء بنخاتم وقال هذا الذي أقررت به فعن الشافعي رضي الله عنه أنه قل في موضع لا يلزمه التسليم قال الأصحاب الأول محمول على ما إذا صدقه المقر له والثاني على ما إذا قل الذي أقررت به غيره وليس هذا لي فلا يسلم ما جاء

﴿ فرع ﴾ قال أبو الطيب وأما ما بعد ذلك من الألبان المعقودة فلا يجوز بيع بعضها ببعض
لكون بعضها أشد انعقاداً من بعض ولخاططة بعضه للملح والانتحة (قلت) ويجب حمل ذلك على ما
إذا كان يؤثر في كيله كما ستعرفه عن قرب *

﴿ فرع ﴾ دخول الماء في اللبن مانع لبيعه مطلقاً بجنسه وبغيره للجهل بالمقصود فإن الماء في
اللبن غير مقصود ومقداره مجهول ومن نص على ذلك الصيمري في شرح الكفاية هكذا أطلقوه وينبغي
أن يحمل ذلك على ما هو الغالب من الجهل بمقدار الخليط أما لو شاهد البائع والمشتري اللبن والماء
وعلما مقدارهما ثم خلطاهما وتبايعا فلا مانع من الصحة إذا كان البيع بنقد أو شبهه أما إذا كان البيع
بلبن مثله أو خاص فينبغي أن يقال إن كان الماء يسيراً بحيث لا يؤثر في المكيال جاز لأن اللبن مكيل
كما تقدم مثله في الحنطة المشوبة بحبات يسيرة من الشعير إذا بيعت بمثلها وكذلك يقتضيه كلام ابن
الصباغ فإنه قيد المخاط من الماء والملح بكونه يؤثر في كيله وعليه يحمل إطلاق غيره وإن كان كثيراً فإن
كان اللبنان جنساً واحداً امتنع لقاءه مدعجوة وإن كانا جنسين فسأفرد لهما فرعاً هنا قريباً إن شاء
الله تعالى ولا اختصاص لهذا الكلام بالخفيض بل هو جار في الحليب وغيره من أنواع اللبن والمصنف
إنما تسكلم فيه إلى الخفيض لأنه الذي يخالطه الماء غالباً والله تعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو دأع الخفيض بعد اخراج الزبد منه بالزبد أو السمن قال الشافعي في المختصر فلا
بأس ومن نص عليه من الأصحاب نصر *

به إليه والقول قول المقر في نفى غيره *

﴿ الباب الرابع في الاقرار بالنسب * ومن هو من أهل الاقرار ﴾

قال ﴿ إذا قال لغيره هذا انني التحق به بشرط أن لا يكذبه الحس بأن يكون أكبر سنًا منه *
أو الشرع بأن يكون مشهور النسب * أو المقر له بأن يكون بالغاً فينكر * فلو استأحق مجهولاً بالغاً
وواقفه لحق * ولو كان صغيراً لحق في الحال حتى يتوارثان في الصغر * فلو بالغ وأسكر ففي اعتبار
انكاره بعد الحكم به خلاف * ولو مات صبي وله مال فاستأحقه ثبت نسبه وورث * وإن كان بالغاً
فاستأحقه بعد الموت ففيه خلاف * لأن تأخير الموت يوشك أن يكون خوفاً من انكاره ﴾ *
الاقرار بالنسب لا يصح إلا إذا كان المقر بالصفات المعتبرة في المقرين كما سبق ثم لا يخلو أما أن
يلحق النسب بنفسه أو بغيره (القسم الاول) أن يلحق النسب بنفسه فيشترط فيه أمور (أحدها) أن
لا يكذبه الحس ويكون ما يدعيه ممكناً فلو كان في سن لا يتصور أن يكون ولداً للمستحق بأن كان
أكبر سنًا منه أو مثله أو كان للمستحق أكبر ولكن بقدر لا يولد لمثله فلا اعتبار باقراره ولو قدمت

﴿ فرع ﴾ لو باع ابن غنم بقر وفرعنا على الصحيح في أنهما جنسان جاز متماثلا ومتفاضلا بشرط التقابض فان كان أحدهما أو كلاهما مشوباً بالماء وكان الماء مجهول المقدار لم يصح للجعل بالمقصود وان كان معلوماً كما فرضته فيما تقدم فينبغي على قياس ما تقدم أن يقال ان كان الماء يسيراً غير مقصود صح كبيع الخنطة بالشعير وفي كل منهما حبات من الآخر غير مقصودة ولا يعتبر بأثرها في السكيل لاخلاف الجنس وان كان كثيراً بحيث يقصد (فان قلنا) الماء مملوك ربوى لم يجز لقاعدة مد عجرة (وان قلنا) مملوك غير ربوى تأتي فيه الطريقة التي ذكرها البغوي في الخلول من التخريج على القولين في الجمع بين مختلفي الحكم لان البنين يشترط التقاض فيهما بخلاف الماءين (وان قلنا) الماء ليس بمملوك أصلاً فيأتي فيه ما مر في مسألة الخلول فليطالع التنبيه الذي هناك وكذلك يجوز أن يباع لبن الغنم بزبد البقر وزبد الغنم بسمن البقر وسمن الغنم بسمن البقر يداً بيد قاله الصيمري وقد تقدم ذلك معروفاً في مواضعه * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان باع الجبن أو الاقط أو المصل أو اللبأ بعضه ببعض لم يجز لان أجزائها منعقدة ويختلف انعقادها ولان فيها ما يخالطه الملح والانحة وذلك يمنع التماثل ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الاحكام المذكورة جزم بها الشيخ أبو حامد رأس العراقيين والقاضي حسين رأس المراوزة وغيرهما والثلاثة الأولى جزم بها المحاملي والرافعي والقاضي حسين والبغوي وعلة انعقاد أجزائه

امراً من الروم أو غيرها من بلاد الكفر ومعها صبي فادعاه رجل من المسلمين لحقه إن احتمل أنه خرج إليها أو أنها قدمت قبل ذلك وان لم ينقدح احتمال لم يلحقه (والثاني) ان لا يكذبه الشرع بان يكون المستلحق معروف النسب من غيره لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره ولا فرق بين أن يصدق المستلحق أو يكذبه وفيما جمع من فتاوى التفال أن المنفي باللعان لا يصح استلحاقه لأن فيه شبهة لللاعن (والثالث) أن يصدق المقر له إذا كان ممن يعتبر تصديقه فان استلحق باللعان فكذبه لم يثبت النسب إلا أن يقيم عليه بينة فان لم تكن بينة حلفه فان حلف سقط دعواه فان نكل حلف المدعى وثبت نسبه وكذا لو قال رجل لآخر أنت أبي فالتقول قول المنكر مع يمينه وان استلحق صغيراً ثبت نسبه حتى يرث منه الصغير لو مات ويرث هو لو مات الصغير وان استلحق صغيراً فلما بالغ كذبه ففيه وجهان (أحدهما) أنه يندفع النسب لأننا إنما حكمنا به حين لم يكن انكار (وأطهرهما) أنه لا يندفع لأن النسب مما يحتاط له فاذا حكم بثبوته لم يتأثر بالانكار كما لو ثبت بالبينة وعلى هذا فلو أراد المقر تحليفه قال ابن الصباغ ينبغي أن لا يمكن منه لأنه لو رجع لم يقبل فلا معنى لتحليفه ولو استلحق مجنوناً فافاق وأسكر فهو على الوجهين ولو استلحق صديقاً بعد موته لحقه كان له

بالنار شاملة لجميعها اللبأ وغيره وكذلك علة مخالطتها لغيرها في الجبن الانفحة وفي الاقط الملح وفي المصل الدقيق وأما اللبأ فليس فيه الا التأثير بالنار وكذلك حكى الامام عن شيخه انه ذكر ان أثر النار قريب وهو مشبه بالسكر في المعقودات وكذلك قال الرافعي ان في بيع اللبأ باللبأ وجهين كما في السكر بالسكر وما ذكره الامام في تفسير اللبأ يحتاج إلى قيد آخر وهو أن يكون محلوا عقيب الولادة بحسب مانعرفه في بلادنا ولعل ذلك مراد الامام من قوله أول الحلبة من الدرة الاولى ونقل العجلي عن صاحب المعتمد أنه قال لو دق المصل حتى أمكن كياله يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض والبن ولعل مراده بالمصل مالا دقيق فيه أما إذا فرض فيه الدقيق فيمتنع ولا يتجه فيه الجواب والله أعلم * وفي البحر أن بيع المصل بالمصل إنما لا يجوز لأنه لا يمكن كيلها فان دقا جميعا حتى أمكن السكيل يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض وبيعه بالبن أيضاً قال وهذا عندي إذا لم يخالطه ملح فان خالطه ملح فلا يجوز على ما ذكرنا بلا خلاف وادعي الامام الاتفاق على امتناع بيع الجبن بالجبن وقال الماوردي ان الجبن بالجبن لا يجوز واختلف أصحابنا في العلة المسانعة فقال ابن سريج لأن أصله السكيل وهو متعذر وقال غيره لأن فيه الأنفحة يحمدها تمتنع من التماثل فعلى هذا لو دق الجبن حتى صار فتيكاً وصار ناعماً جاز بيع بعضه ببعض على قول ابن سريج لا يمكن كياله ولم يجز على قول غيره لبقاء الانفحة فيه والله أعلم * قال الامام وأجمع الاصحاب

مال أو لم يكن ولم ينظر الى التهمة بطالب المال بل يورث لان أمر النسب مبني على التغلب ولهذا تشبهه لمجرد الامكان حتى أنه لو قتله ثم استلحقه قبل ويحكم بسقوط القصاص وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يلحقه (وأما إذا كان بالعمالة ففيه وجهان لان شرط لحوق البالغ تصديقه ولا تصديق ولان تأخير الاستلحاق إلى الموت يوشك ان يكون خوفاً من انكاره وهذا أظهر عند القاضي الحسين وصاحب التهذيب والاكثر على أنه يلحقه كالتصغير ومنعوا كون التصديق شرطاً على الاطلاق بل هو شرط إذا كان المستلحق أهلاً للتصديق (وأما الكلام الثاني) فهو تمسك بالتهمة وقد بينا أنه لا اعتبار بها في النسب ويجرى الوجهان فيما إذا استلحق مجنوناً طراً جنونه بعد ما بلغ عاقلاً ولو ازدحم اثمن فصاعد على الاستلحاق نظر ان كان المستلحق العا ثبت نسبه ممن صدقه وان كان صبياً لم يلحق بواحد منهما بل الحكم ماهو مذکور في الكتاب في باب اللقيط فاذا عدم زحمة الغير شرط رابع للحقوق وهذا كله فيما إذا كان المستلحق ذكراً حراً (أما استلحاق المرأة والعبد فسيأتيان في اللقيط ولو استلحق عبد الغير أو معتقه لم يلحقه ان كان صغيراً محافظة على حق الولاء للسيد بل يحتاج إلى البينة وان كان بالعمالة وصدقه ففيه خلاف نذكره هناك ولو استلحق عبداً في يده فنظر ان لم يوجد الامكان بان

علي منع بيع الاقط بالاقط وذلك أنه إن كان مختلطاً بملح كثير يظهر له مقدار التحق ببيع المختلط وان لم يكن فيه ملح فهو معروف على النار وللنار فيه تأثير عظيم فيلتحق الكلام فيه بالمنعقد ولم يفصلوا بين أن يكون عقده بالنار أو بالشمس الحامية (قلت) إذا كان عقده بالشمس الحامية ولا ملح فيه فقد تقدم عن الامام في العسل إذا شمس كذلك بشمس الحجاز وبحث وقال ان النار تؤثر تأثيراً مستويا فهلا قال ذلك هنا وجوز على مساقه بيع بعضه ببعض كالعسل إلا أن يقول إن الكلام هنا في المنعقد ولا فرق في سببه بين النار والشمس إذا وجد الانعقاد والكلام هنا في التصفية بدون الانعقاد * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وأما بيع نوع منه بنوع آخر فانه ينظر فيه فان باع الزبد بالسمن لم يجز لان السمن مستخرج من الزبد فلا يجوز بيعه بما استخرج منه كالشيرج بالسمن وان باع المخيض بالسمن فالمنصوص أنه يجوز لأنه ليس في أحدهما شيء من الآخر قال شيخنا القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله هما كالجنسين فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا بلا خلاف وان باع الزبد بالمخيض فالمنصوص أنه يجوز وقال أبو اسحق لا يجوز لان في الزبد شيئا من المخيض فيكون بيع زبد ومخيض بمخيض وهذا لا يصح لان الذي فيه من المخيض لا يظهر الا بالتصفية والنار فلم يكن له حكم وما سوى ذلك لا يجوز بيع نوع منه بنوع آخر لانه يؤدي الى التفاضل ﴾ *

كان أكبر سناً منه كفي قوله وان وجد فان كان مجهول النسب لحقه إن كان صغيراً وحكم بعته وكذا إن كان بالغاً وصدقه وان كذبه لم يثبت النسب وفي العتق وجهان وكذا لو كان المستلحق معروف النسب من غيره (وأما) لفظ الكتاب فقوله التحق به يجوز اعلامه - بالميم - لان البندنجي حكى عن مالك أنه ان شاع في الناس انه استلحق من ليس ولد له لم يلحقه وان اجتمعت الشروط التي ذكرناها (وقوله) أو المقر له ليس فيه الا اعتبار عدم التكذيب وهو معتبر لانه غير مكفي به بل المعتبر تصديقه عند الامكان صرح به صاحب الشامل وغيره وقضيته أنه لو سكت لم يثبت النسب (وقوله) فلو استلحق مجهولاً بالغاً لفظ المجهول لضرورة اليه في هذا الموضع فانه قد بين اشتراطه من قبل واذا كنا في شرط لم نحتاج فيه الى التعرض لسائر الشروط إلا للايضاح *

﴿ فرع ﴾ لو استلحق بالغاً عاقلاً وواققه ثم رجعا قال ابن أبي هريرة رحمه الله يسقط النسب كما لو أقر بمال ورجع وصدقه المقر له وعن الشيخ أبي حامد أنه لا يسقط لأن النسب المحكوم بثبوته لا يرتفع بالاتفاق كما لو ثبت بالفراش *

قال ﴿ ولو كان له أمتان ولكل واحدة ولد ولا زوج لها فقال أحدهما ابني علقته به أمه في

(الشرح) فيه مسائل (أحداها) بيع الزبد بالسمن قال الشافعي في المختصر ولاخير في سمن غنم بزبد غنم واتفق الاصحاب على ذلك الصيمري والشيخ أبو حامد وأبو الطيب والحاملي وابن الصباغ والماوردي والرافعي وغيرهم لما ذكره المصنف ولتحقق المفاضلة سبب ما فيه من الابن هكذا عله الرافعي ولك أن تقول قد تقدم أن السمن قليل فاذا كان الابن المختلط بالزبد يسيراً بحيث لا يؤثر في المكيال أشبه التراب المختلط بالحنطة فينبغي أن يجوز على هذه العلة (وأما) العلة الاولى التي ذكرها المصنف فان السمن حاصل في الزبد بالقصد حصول الدقيق في الحنطة (وأما) الشريح فكأن في السمس لظاهر ولذلك يجوز بيع السمس بالسمس فلا يصح أن يقال أن السمن مستخرج من الزبد إلا أن يقال ان ذلك من باب الاولى (١) بما هو كامن فيه فلا يمتنع بما هو ظاهر فيه أولى وهو صحيح (المسألة الثانية) السمن بالمخيف جزم الشيخ أبو حامد ونصر المقدسي والحاملي والماوردي وابن الصباغ والقاضي حسين بالجواز كما نقله المصنف عن النص ونقله أبو الطيب عن كتاب الصرف والاملاء وعن المزني هنا وقد رأيت في الصرف في بيع الضمان ونقله الحاملي عن المختصر وما أظن فيه خلافاً وما نقله المصنف عن أبي الطيب لم أره في تعليقه وهو زيادة على الحكم المنقول عن النص فانه أطلق الجواز فيحتمل أن يكون المراد متفاضلاً كما قال القاضي أبو الطيب وكذلك ابن الصباغ وصاحب التهذيب ويحتمل أن يراد شرط التماثل وهو بعيد قال

(١) يياض
بالاصل فحرر

ملكي طوبى بالتعيين * فان عين ثبت نسبه وعتقه وأميه الولد للام * فان مات كان تعيين الوارث كتعيينه * فان عجزنا عنه فالحاق القائف كتعيينه * فان عجزنا فيقرع بينهما فمن خرجت قرعته عتق ولم يثبت نسبه ولا ميراثه إذ القرعة لا تعمل إلا في العتق * وهل يقرع بين الأمتين للاستيلاد فيه خلاف من حيث أن أمية الولد فرع النسب وقد أيس عنه * وهل يوقف نصيب ابن من الميراث فيه خلاف لانه نسب أيس من ظهوره فيمتنع التوريث به * ولو كانت له أمة لها ثلاثة أولاد فقال أحدهم ابني فان عين الاصغر تعين * وان عين الاوسط عتق معه الاصغر وثبت نسبهما * الآن يدعى استبراء بعد ولادة الاوسط ورأينا ذلك نافياً للنسب * فان مات قبل البيان وعجزنا عن تعيين الوارث والقائف أقرع بينهم * وأدخل الصغير في القرعة * وفائدة خروج القرعة عليه اقتصار العتق عليه والا فهو عتيق في كل حال * وفي وقف الميراث الخلاف الذي مضى *

في الفصل مسألتان تقدم عليهما أن من له جارية ذات ولد إذا قال هذا ولدي من هذه الجارية ثبت نسبه عند الامكان وهل تكون الجارية أم ولد فيه قولان ويقال وجهان (أحدهما) لا لاحتمال أنه استولدها بالنكاح ثم ملكها وحينئذ لاتكون أم ولد علي أحد القولين (والثاني) نعم

ابن الصباغ (فان قيل) اليس قلتم يجوز بيع الشيرج بالكسب وهما بمنزلة الجنسين (قلنا) الكسب لا ينفرد عن الشيرج ولا بد أن يبقى معه شيء بخلاف اللبن فان المخيض لا يبقى فيه سمن ذكره مع السمن في باب بيع الآجال وادعى الامام اتفاق الأئمة عليه (المسألة الثالثة) الزبد بالمخيض المنصوص للشافعي أنه يجوز وقال أبو اسحق والشيخ أبو حامد لا يجوز لما ذكره المصنف فأما أبو اسحق فانه بناء على تعليله السابق والشيخ أبو حامد لم يوافق على ذلك التعليل فكيف وافقه على هذا الحكم هنا وفي البحران أما حامد قال أجاب الشافعي بهذا ظناً منه لالبن في الزبد وليس كما ظن فان الزبد لا ينفك من اللبن فلا يجوز وهذا قياس المذهب قال وأجاب اصحابنا بان الشافعي إنما قال ذلك إذا لم يكن فيه اللبن ظاهراً وذلك القدر يسمير لا يتبين الا بالنار والتصفية فلا حكم له وقال القفال المذهب ما نص عليه لان المقصود من الزبد السمن والمخيض ليس من جنس السمن اذا كان منزوع الزبد فهما جنسان مختلفان وهكذا ذكر القاضي الطبري فيجوز متفاضلاً انتهى كلام الروياني وقال الروياني أيضاً قال الشيخ أبو محمد الجويني في المنهاج المخيض الذي في الزبد قليل فلا حكم له كما لو باع حنطة لاشعير فيها بحنطة فيها حبات شعير قليلة قال وهذا خلاف ما ذكر القفال وهو الاصح وحكى أبو الطيب عن أبي اسحق الموافقة في بيع السمن بالمخيض لانه لالبن فيه قال أبو الطيب وهذا التعليل صحيح الا ان المذهب انه يجوز البيع في الزبد أيضاً لانه لاحكم لذلك اليه اذا كان لا يتبين الا بالتصفية بالنار *

لان الظاهر انه استولدها في الملك لانه حاصل محقق والنكاح غير معلوم والاصل فيه العدم والمسألة خروج ظاهر على قول يقابل الاصل والظاهر وما اظهر من الخلاف في المسألة ذكر الشيخ أبو حامد وجاعة أن الثاني أظهر وهو ظاهر نصه في المختصر لكن الاول أقرب الى القياس وأشبه بقاعدة الاقرار وهي البناء على اليقين ولقر به أعرض الا كثرون عن الترجيح وأرسلوا ذكر الخلاف ومن ذهب اليه لم يصعب عليه جعل النص على الصورة الآتية ولو قال انه ولدي ولدت في ملكي فطريقان (أحدهما) القطع بثبوت أمية الولد لتصريحه بالولادة في الملك (وأصحهما) أنه على القولين لاحتمال أن يجبلها قبل الملك بالنكاح ثم يشتريها وتلد بالملك ولو قال انه ولدي استولدتها به في ملكي أو علقت به في ملكي انتقطع الاحتمال وكانت أم ولد له لاحالة وكذا لو قال هذا ولدي منها وهي في ملكي منذ عشرين سنة وكان الولد ابن سنة وهذا كله مفروض اذا لم تكن الام مزوجة ولا فراشا أما اذا كانت مزوجة لم ينسب الولد الى السيد ولم يعتد باستحقاقه للحقوق بالزوج وان كانت فراشا له فان أقر بوطئها فالولد يلحقه بحكم الفراش لا بالأقرار ولا يعتبر فيه الا الامكان ولا فرق في الاقرار بالاستيلاء بين أن يكون في الصحة أو في المرض لأن انشاء نافذ في الحالتين اذ تبين ذلك فالمسألة

﴿ فرع ﴾ اذا بيع الزبد بالخفيض فهما جنسان حتى يجوز التفاضل بينهما كما قال أبو الطيب في السمن بالخفيض ويدلك على ذلك ردهم على أبي اسحق ولو كان الزبد والمخيض جنساً واحداً لم يحتاجوا الى أن يغتفروه لقلته ولم يتجه لابي اسحق ما قاله وليس ما قاله أبو الطيب مخالفة للنص ولا للاصحاب بل زيادة بيان على ما أجملوه وكذلك قول صاحب التهذيب والله أعلم • وقال صاحب التهذيب يجوز بيع المخيض بالزبد كبالسمن وان كان في الزبد قليل مخيض وفي المخيض قليل زبد لان المقصودين مختلفان في الجنس كبيع الخنطة بالشعير وفي أحدهما قليل فصل أو زوان (قلت) يعنى ان التماثل ليس شرطاً فالخلط وان منع التماثل فهو غير مقصود فلا يضر وقال امام الحرمين لاحلاف أن المخيض والسمن جنسان مختلفان لتباين الصفات واختلاف الاسم والفرض فقد تبين أن ما قاله أبو الطيب لاحلاف فيه وكذلك نبه عليه صاحب الوافي في شرح المهذب قال قال شيخنا لاحلاف فيه أنه يجوز بيع السمن بالمخيض متفاضلاً والقاضى أبو الطيب رحمه الله ذكر هذا اخباراً عن ذلك لا انه مذهب له مخالف فيه غيره • وقول المصنف رحمه الله وما سوى ذلك الى آخره كذلك هو في تعليق القاضى أبي الطيب وملخصه أنه لا يجوز في هذا الفصل الا بيع السمن بالمخيض والزبد بالمخيض خلافاً لابي اسحق والشيخ أبي حامد ويدخل فيه مسائل صرح بها الشيخ أبو حامد والمحاملى والماوردى والقاضى حسين ^(١) وهو أنه لا يجوز بيع شيء من الاتط والجبن والمصل واللبأ بالآخر قال المحاملى ولا بالزبد ولا بالسمن ولا بالمخيض • قال امام الحرمين والاصحاب لما جوزوا بيع

(١) بياض
بالأصل فخر

الأولى اذا كان له اتمان لكل واحدة منهما ولد فقال أحدهما ولدى فلان متين أحوال (احداها) أن لا تكون واحدة منهما مزوجة ولا فراشاً للسيد فيؤمر بالتعيين كما لو أقر بطلاق احدى امرأته فاذا عين أحدهما ثبت نسبه وكان حراً وورثه وهل أمه أم ولد له وان صرح بأنه استولدها به في النكاح لم تصر أم ولد وان أضافه الى وطء شبهة ففيه قولان يذكران في موضعهما ولو قال استولدها بالزنا مفصولاً عن الاستلحاق لم يقبل وكانت أمية الولد على القولين فيما اذا أطلق الاستلحاق وان وصله باللفظ قال في التهذيب لا يثبت النسب ولا أمية الولد ولك أن تقول ينسب أن يخرج على قولى تبعض الاقرار ولو ادعت الأمة الاخرى أن ولدها هو الذى استلحقه وأنها التي استولدها فقول قول السيد مع يمينه ولو ان السيد مات قبل التعيين قام ورثته مقامه في التعيين وحكم تعيينهم حكم تعيينه في النسب والحرية والارث وتكون أم المعين مستولدة ان ذكر السيد ما يقتضى ثبوت الاستيلاد والاستلوا وحكم بيانهم حكم بيان المورث فان قالوا لانعم أنه بما استولدها فعلى الخلاف فيما اذا أطلق المستلحق استلحاقه ولو لم يكن وارث أو قال الورثة لانعم عرض الولدان على القائف فايها الحق به

الخفيض بالربد لم يفرقوا بين القليل والكثير وإذا كثّر الزبد فالرغوة قد تبلغ مبلغاً يطلب مثله في جنس الخفيض ولكن المرعى في الباب أن ما يميز من الزبد في العالب تبدد ولا يعني بجمعه وإن كثّر الزبد فهذا هو المعنى بقول الأصحاب الرغوة غير مقصودة * قال الامام إذا امتنع بيع الاقط بالاقط امتنع بيعه بالمصل فانهما من المخيض لا يتفاوتان في الصفات فتفاوتا يختلف الجنس به ويمتنع بيع المخيض بالاقط والمصل كما يمتنع بيع العصير بالنبس وبيع الجبن بالاقط ممتنع قال الامام قال العراقيون الاقط والمخيض والمصل والجبن جنس واحد (أما) المخيض والاقط والمصل فكما ذكره (وأما) الجبن ففيه ما يجانس المخيض وهو كقول القائل الابن والاقط جنس واحد والوجه أن يقال في الابن جنس الاقط (قلت) وهذه المشاححة في العبارة ومقصودهم ما ذكره وأنه يمتنع بيع أحدهما بالآخر والله أعلم *

(فرع) بيع جبن الغنم بجبن الافر قال ابن الرفعة يشبه أن يكون فيه مثل الخلاف في بيع خبز القمح بخبز الشعير (إذا قلنا) الأدقة أجناس *

الحق والحق في النسب والحرية والارث كتحسين المورث أو الوارث وفي الاستيلاد كما وأطلق الاستلحاق ويجوز ظهور الحال للقائف مع موت المستلحق بأن كان قد رآه أو بان يرى قبل الدفن أو بان يرى عصبته فيجد الشبه فان عجز عن الاستفادة من القائف لعدمه أولاً لحاقه الولدين به أو نفسيهما أو أشكل الامر عليه أقرعنا بينهما لنعرف الحر منها ولا ينتظر بلوغ الولدين حتى ينتسبا بخلاف ما لو تنازع اثنان في ولد ولا فائت لان الاشتباه ههنا في أن الولد أيهما فلو اعتبر الانتساب فر بما اتسب كل واحد منهما اليه فلا يرتفع الاشكال ولا يحكم بان خرجت قرعته بالنسب والميراث لأن القرعة على خلاف القياس وانما ورد الخبر بها في العتق فلا تعمل في الذنب والميراث * نعم هل يوقف نصيب ابن بين من خرجت القرعة له وبين الآخر فيه وجهان ثاني توجيههما (والاظهر) منهما في المسألة الثانية واختيار المزي أن يوقف (واما الاستيلاد) فهو على التفصيل السابق فان لم يوجد من السيد ما يقتضيه لم يثبت وان وجد فهل تحصل أمية الولد في أم ذلك الولد بخروج القرعة حكي الامام فيه وجهين وقال المذهب أنها لا تحصل لأنها تتبع النسب فاذا لم يجعله ولدا لم يجعلها أم ولد والذي أورده الاكثرون أنها تحصل لان المقصود العتق والقرعة عاملة فيه فكما تفيد حرية تفيد حريتها وعلى هذا الخلاف يحمل قوله في الكتاب وهل يقرع بين الامتين في الاستيلاد فيه خلاف وقد يتبادر الى الفهم من ظاهره اخراج القرعة بهما مرة أخرى ولا يفعل ذلك اذ لا يؤمن خروج القرعة على غير التي خرج لولدها *

(فرعان) أحدهما حيث يثبت الاستيلاد فالولد حر الأصل لا ولاء عليه وحيث لا يثبت فعليه الولاء ألا

﴿ فرع ﴾ إذا قلنا بأن الألبان جنس فباع سمن البقر بلبن الابل فيكون حكمه وليس في لبن الابل سمن يتميز بالمخض والعلاج قال الامام الظاهر أنا لا نجعل لبن الابل مشتملا على سمن تقديرًا حتى يقال هو بمثابة سمن البقر بلبن البقر ثم إذا كان كذلك فوراءه احتمال في ان سمن البقر هل يخالف جنس لبن الابل والتفريع على تجانس الالبان فالظاهر أنه خلافه فيجوز بيعه به متفاضلا والسبب فيه أنا حكمنا بتجانس الالبان لاجتماعها في الاسم الخاص وقد زال هذا المعنى ولم يقدح في لبن الابل سمنًا والعلم عند الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ قال الامام الانفة الوجه القطع بطهارتها لاجماع المسلمين على طهارة اللبن وهو في الغالب لا يخلو عن الأنفة والذي اليه اشارة الاحباب ان الأنفة جنس على حيالها مخالف للبن وكل ما يتخذ منه ولسن أدري أنها من المطعومات وحدها كالملح حتى تعتبر المماثلة في بيع بعضها ببعض أم ليست من المطعومات *

إذا نسبته الى وطء شبهه وقلنا انها لا نصير أم ولد اذا ملكها بعد ذلك (والثاني) اذا لم يثبت الاستيلاء ومات السيد ورث الولد أمه وعتقت عليه وهذا اذا تعين لا بالقرعة وان كان معه وارث آخر عتق نصيبه عليه ولم يشتر هذا تمام الكلام في الصورة الاولى وهي المذكورة في الكتاب (الثانية) اذا كانت الامتان مزوجتين لم يقبل قول السيد وولد كل أمة يلحق بزوجها وان كانت فراشا للسيد فان كان قد أقر يوطئها لحقه الولدان بحكم الفرائس (الثالثة) اذا كانت أحدهما مزوجة لم يتعين أقراره في الأخرى بل يطالب بالتعيين فان عين ولد المزوجة لم يقبل وان عين في ولد الأخرى قتل وثبت نسبه وان كانت احدهما فراشا له لم يتعين أقراره في ولدها بل يؤمر بالتعيين فان عين في ولد الأخرى لحقه بالاقرار والولد الآخر ملحق به بالفرائس (المسألة الثانية) اذا قال من له أمة لها ثلاثة أولاد أحد هؤلاء ولدى والتصوير فيما اذا لم تكن مزوجة ولا فراشا للسيد قبل ولادتهم فيطالب بالتعيين فمن عينه منهم فهو نسيب حر وارث والقول في الاستيلاء على التفصيل الذي مر ثم اذا كان المعين الاصغر فالأكبران رقيقان فلا يملك واحد منهما أن يدعى انه الولد والقول قول المنكر مع يمينه فان كان المعين الأوسط فالأكبر رقيق وأمر الصبي مبني على استيلاء الأمة فاذا لم نجعلها مستولدة فهو رقيق كالأم وان جعلناها مستولدة فينظر ان لم يدع الاستبراء بعد الأوسط فقد صارت فراشا له بالأوسط فيلحقه الاصغر ويرثه وادعى الاستبراء فينبني علي أن نسب الملك إليهم هل ينتفى بدعوى الاستبراء فيه خلاف مذكور في العنان (وان قلنا) لا ينتفى فهو كما لو لم يدع الاستبراء (وان قلنا) ينتفى فلا يلحقه الاصغر وفي حكمه وجهان (أظهرهما) انه كالأم يمتنع بوفاة السيد لانه ولد أم ولد

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع حيوان يؤكل لحمه بلحمه لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لا يباع حي بميت وروي ابن عباس رضي الله عنه أن جزوراً نحررت على عهد أبي بكر رضي الله عنه فجاء رجل بعناق فقال أعطوني بها لحماً فقال أبو بكر لا يصلح هذا ولأنه جنس فيه الربا بيع بأصله الذي فيه مثله فلم يجوز بيع الشيرج بالسهم ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ حديث سعيد بن المسيب رواه أبو داود من طريق الزهري عن سعيد كما ذكره المصنف ورواه مالك في الموطأ والشافعي عنه في المختصر والام وأبو داود أيضاً من طريق زيد بن أسلم عن سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان هذا لفظ الشافعي عن مالك وأبي داود عن القعني عن مالك وكذلك هو في موطأ ابن وهب ورأيت في موطأ القعني عن بيع الحيوان باللحم والمعني واحد وكلا الحديثين أعني روايتي الزهري وزيد بن أسلم مرسل

وأما الولد إذا ولدت من زوج أو زنا علق بعقها (والثاني) أنه يكون قنناً لأن ولد أم الولد قد لا يكون كذلك كما لو أحبل الراهن الجارية المراهونة وقلنا أنها لا تصير أم ولد له فبيعت في الحق وولدت أولاداً ثم ملكها وأولادها فانا نحكم بأنها أم ولد على الصحيح والأولاد أرقاء لا يأخذون حكمها وأيضاً فإنه إذا أحبل جارية بالشبهة ثم أتت بأولاد من زوج أو زنا ثم ملكها وأولادها تكون أم ولد له على قول والأولاد لا يأخذون حكمها وإذا أمكن ذلك لم يلزمه من ثبوت الاستيلاء أن يأخذ الولد حكمها بالشك والاحتمال ولصاحب الوجه الأول أن يقول الأولاد في صورتين ولدوا قبل الحكم بالاستيلاء فالأصغر ولد بعد الحكم بالاستيلاء على أن بعضهم حكى في صورة الرهن وجهاً أن الأولاد يأخذون حكمها ولا يبعد أن يحى مثله في صورة الأحبال بالشبهة وذكر في التهمة وجهاً آخر فيما إذا لم يكن يدع الاستبراء أنه لا يثبت نسبه ويكون حكمه حكم الأم يعتق بموت السيد لأن الاستبراء حصل بالأوسط ولم أر لغيره ذكر وإن كان المعين الأكبر فالقول في حكم الأوسط والأصغر كما ذكرناه في الأصغر إذا عين الأوسط ولو مات السيد قبل التعيين عين وارثه فإن لم يكن وارت أو قال لا أعرف عرضوا على القائف ليعين والحكم على التقديرين كما لو عين السيد فإن تعذر معرفة القائف نص أنه يقرع بينهم لمعرفة الحرية وثبوت الاستيلاء على التفصيل الذي سبق واعترض الزنى في المختصر بأن الأصغر حر بكل حال عند موت السيد لأنه إما أن يكون هو المقر به أو يكون ولد أم الولد وولد أم الولد يعتق بموت السيد وإن كان حراً بكل حال وجب أن لا يدخل في القرعة أيضاً لاحتمال أنها لا تخرج على غيره فيلزم إراقه واختلف الأصحاب في الجواب عنه فلم بعضهم حر يته وقالوا أنه لا يدخل في القرعة ليرق

ولم يسنده واحد عن سعيد وقد روى من طرق أخر (منها) عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أن تباع الشاة باللحم رواه الحاكم في المستدرک وقال رواية عن أخرهم أئمة حفاظ ثقات وقد احتج البخارى بالحسن عن سمرة وله شاهد مرسل فى الموطأ هذا كلام الحاكم ورواه البيهقي فى سننه الكبير وقال هذا إسناد صحيح ومن أثبت سماع الحسن بن سمرة عنه موصولاً ومن لم يثبتته فهو مرسل جيد انضم الى مرسل سعيد ومن سنده * (ومنها) عن سهل بن سعد قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان رواه الدارقطنى وقال تفرد به ابن مروان عن مالك بهذا الاسناد ولم يتابع عليه وصوابه فى الموطأ عن ابن المسيب مرسلًا وذكره البيهقي أيضاً فى سننه الصغير وحكم بان ذلك من غلط يزيد بن مروان ويزيد المذكور تكلم فيه يحيى بن معين وقال ابن عدى وليس هذا بذلك المعروف (ومنها) عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم قال عبد الحق خرجه البرار فى مسنده من رواية ثابت بن زهير

ان خرج لغيره بل ليرق غيره ان خرجت عليه ويقتصر العتق عليه وهذا ما ذكره فى الكتاب ومنعها آخرون بناء على أنها وان كانت أم ولد فولد أم الولد يجوز أن يكون رقيقاً (والأظهر الأول) وهو عين الوجه الأول المذكور فيما اذا عين الأوسط وادعى الاستبراء بعده وقلنا انه ينتفى به النسب ثم إذا قرعنا بينهم وخرجت القرعة لواحد منهم فهو حر والمشهور ان النسب والميراث لا يشبتان كما ذكرنا فى المسألة الأولى وعن المزنى فى المختصر الكبير ان الأصغر نسيب بكل حال لانه بين أن يكون هو المراد بالاستلحاق وبين أن يكون ولد أمته التى صارت فراشاً له بولادة من قبل وجرى الاصحاب على رأيهم فى الطعن على اعتراضاته متبادرين لكن الحق المطابق لما تقدم أن يفرق بين ما إذا كان السيد قد ادعى الاستبراء قبل ولادة الأصغر وبين ما اذا لم يدعه ويساعده فى الحالة الثانية واذا ثبت النسب ثبتت الحرية لاحالة وحيث لانحكم بثبوت النسب فهل يوقف الميراث فيه وجهان (أحدهما) نعم لانا نتيقن ان أحدهما ابنه وان لم تعد القرعة تعيينه فأشبه ما اذا طلق احدى امرأتيه ومات قبل البيان حيث يوقف نصيب امرأة (والثانى) لا لانه اشكل دفع الناس من زواله فأشبه ما اذا غرق المتوارثان فلم يدر أنهما ماتا معاً أو على التعاقب لاتوريث ولا وقف وهذا أصح عند الاكثرين واختار المزنى الوقف واختالف الرواية عنه فى كفيته فى رواية ابن خزيمة وجماعة أنه إذا كان له ابن معروف النسب يدفع اليه ربع الميراث ويدفع ربعه الى الأصغر ويوقف النصف وفى رواية ابن عبدان المروزي فى آخرين أنه يدفع نصف الميراث الى المعروف النسب ويوقف النصف للجهول واعلم أن الرواية الاولى مبنية على ما ذهب اليه المزنى من أن الأصغر نسيب بكل حال فهو والمعروف ابنا يقينا في دفع النصف اليهما ويوقف النصف

عن نافع وثابت رجل من أهل البصرة منكر الحديث لا يستقل به ذكره أبو حاتم الرازي (قلت) وفي الأولين غنية عنه وأما سماع الحسن من سمرة فقد قال الترمذي أنه صحيح ونقل ذلك في جامعه عن علي بن المديني وغيره عند حديثه في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وغيره من الأحاديث وقال في بعض المواضع وقد تكلم بعض أهل الحديث في رواية الحسن عن سمرة وقالوا إنما تحدث عن صحيفه سمرة وقال الخطابي والحسن عن سمرة مختلف في اتصاله عند أهل الحديث وروى بسنده عن يحيى بن معين قال الحسن عن سمرة صحيفه وقال في باب الشفعة وقال غير يحيى بن معين قال الحسن عن سمرة حديث العقبة حسب وعن البيهقي أن أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة من غير حديث العقبة وقال ابن عبد البر لا أعلم حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان يتصل عن النبي صلى الله عليه وسلم من وجه ثابت وأحسن أسانيده مرسل سعيد بن المسيب وكان ابن عبد البر لم يطلع على حديث سمرة هذا وكذلك ابن المنذر فانه قال واخذ الشافعي رحمه الله بحديث مرسل لا يثبت

بينهما وبين الأكبرين فيجوز أن يكون الأوسط ابناً دون الأكبر والرواية الثانية اختيار للشافعي رضي الله عنه جواباً على أنه لا يثبت نسب واحد منهم على التعيين ولكن يعلم أن فيهم ابناً فيقف النصف له ويدفع النصف إلى الابن المعروف وأما لفظ الكتاب (قوله) فقال أحدهم اني أراد ما إذا ذكر معه ما يقتضي الاستيلاد على أمة صور في المسألة الأولى حيث قال فقال أحدهما اني علقته به في ملكي ألا ترى أنه حكم بعنق الأصغر عند تعيين الأوسط وإنما يكون كذلك إذا ثبت الاستيلاد (وقوله) عنق معه الأصغر يجوز اعلامه بالواو للوجه المنقول عن التهذيب (وقوله) أقرع بينهم بالخاء لأن الحكاية عن أبي حنيفة أن الأصغر حر كله ويعتق من الأوسط ثلثاه لانه حر في الحالتين وهما إذا عينه أو عين الأكبر فلا أكبر رقيق في حالة وهي إذا عين الأصغر ومن الأكبر ثلثه لانه حر في حالة وهي إذا عين فيه رقيق في حالتين وهما إذا عين في الأوسط أو الأصغر قال ويعتق من الأم ثلثها لانه قد عتق ثلثاً ولدها (وقوله) وان دخل الصغير في القرعة اعلم بالزاي لما تقدم ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً لانه نقل في النهاية وجهها عن بعض الأصحاب أن الصغير يخرج عن القرعة قال وهو ضعيف لانه إنما يقرع بين عبيدين يتعين ان فيهم حرّاً ومن الجائز أن يكون المستلحق الأصغر ويكون الأكبران رقيقان فكيف يقرع بينهما وقوله والا فهو عتق بكل حال معلم - بالواو - لما مر *

فال * أما إذا أقر باخوة غيره أو بعمومته فهو اقرار بالنسب على الغير فلا يقبل إلا من وارث مستغرق * كمن مات وخلف ابناً واحداً فأقر باخ آخر ثبت نسبه وميراثه * وان كان معه زوجة اعتبر موافقتها (و) لشركتهما في الأثر * وكذا موافقة المولى (و) المعتق * وان خلف بنتاً واحدة وهي معتقة ثبت النسب باقرارها لأنها مستغرفة * فان لم تكن معتقة فوافقها الامام ففيه

(فان قلت) قد روى الحسن عن سمرة حديث النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولم يقل به الشافعى فان كان يصحح سماع الحسن من سمرة فيلزمه القول بهما (قلت) النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة عارضه حديث عبد الله بن عمرو بن العاص انه كان يأخذ البعير بالبعير إلى أجل فلذلك لم يقل به الشافعى وهذا الحديث فى النهى عن بيع الحيوان باللحم لم يعارضه معارض بل عضده مراسيل وآثار وعمل أكثر أهل العلم ومع ثبوت حديث سمرة لا يحتاج إلى تكلف تقدير التمسك بالمرسل ولكن الشافعى رضى الله عنه لما ذكر المرسل فى ذلك توجه اعتراض من الخصم بسبب ماشتهر عن الشافعى أنه لا يحتج بالمرسل فلذلك تكلم الاصحاب فى ذلك فى هذا الموضع وملخص القول فى ذلك انه لا خلاف فى مذهب الشافعى رحمه الله أن المرسل غير محتج به فى الجملة وابن عباس عن أبى بكر رواه الشافعى أيضاً فى المختصر وقال فى الام أنا ابن أبى يحيى عن صالح مولى التوأمة عن ابن عباس عن أبى بكر الصديق رضى الله عنها أنه كره بيع الحيوان باللحم قلت ذلك من نسخه معتمدة من الام بخط كاتب

خلاف لأن الامام ليس بوارث اتما هو نائب * ولو خلف اثنين فأقر أحدهما بأخ ثالث وأنكر الآخر لم يثبت النسب ولا الميراث (ح) على القول المنصوص * وقيل انه يثبت باطناً وفى الظاهر خلاف فلو مات وخلف ابناً مقراً فهل يثبت الآن فيه خلاف * لأن اقرار الفرع مسبوق بانكار الأصل * وكذا الخلاف فيما إذا لم يخلف الا الأخ المقر * ولو كان ساكناً فمات فأقر ابنه ثبت لا محالة * والأخ الكبير مع الصغير لا ينفرد بالاقرار بالنسب على الأصح * ولو أقر بشخص فأنكر المقر له نسب المقر فقيل انه لا يشارك لأن موجب قوله أن من أقر له ليس من أهل الاقرار * وقيل إنه يستحق الكل * ﴿

القسم الثانى أن يلحق النسب بغيره مثل أن يقول هذا أخى ابن أبى أو ابن أمى أو بعمومة غيره فيكون ملحقاً بالنسب بالجسد والكلام فى فصلين (أحدهما) فى ثبوت النسب ويثبت النسب بهذا اللاحق بالشرائط المقدمة فيما إذا لحق بنفسه وبشرائط آخر (أحدها) أن يكون الملحق به ميتاً فاما دام حياً ليس لغيره اللاحق به وان كان مجنوناً (والثانية) أن لا يكون الملحق به قد نفى المقر به أما إذا نفاه ثم استلحقه وارثه بعد موته ففيه وجهان (أحدهما) اللحق كما لو استلحقه المورث بعد ما نفاه بلعان وغيره (والثانى) المنع لأنه نسب قد سبق الحكم بطلانه فى الحاقه به بعد الموت الحاق عار بنسبه وشرط الوارث أن يفعل ما فيه حظ الموروث لا يضر به ولم يورد صاحب التهذيب من الوجهين الا الثانى ولا معظم العراقيين الا الاول وهو الاشبه (والثالثة) صدور الاقرار من الورثة الخائزين للتركة وفيه مسائل (أحدها) اقرار الاجانب لا يثبت به النسب ولو مات مسلم عن ابن كافر أو قاتل أو رقيق

الوزير وروى الشافعي في الام في باب بيع الاجال عن مسلم وهو ابن خالد عن ابن جريج عن القاسم بن أبي برة قال قدمت المدينة فوجدت جزورا قد حذرت أجزاء كل جزء منها بعناق فاردت ان ابتاع منها جزءا فقال لي رجل من أهل المدينة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي بميت فسألت عن ذلك الرجل فاخبرت عنه خيرا * السائل عن الرجل هو القاسم بن أبي برة فيما أظن أما (حكم المسألة) فقول المصنف مفروض في بيع الحيوان المأكول بمجنسه كالبقرة بلحم البقر والغنم بلحم الغنم وما أشبه ذلك ولا خلاف عندنا في منعه نقدا ونسأ للآثار المتقدمة وهو قول أبي بكر الصديق رضي الله عنه وأربعة من الفقهاء السبعة كما سيأتي ومذهب مالك والاوزاعي والليث بن سعد وأحمد ونقله الروياني عن الثلاثة الباقيين من الفقهاء السبعة أيضا وهم سليمان بن بشر وخارجة وعبيد الله بن عبد الله فان صح ذلك فالسبعة قائلون به وكذلك نقله العبدري عن الفقهاء السبعة خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف مطلقا ومحمد بن الحسن في قوله يجوز إذا كان اللحم أكثر من اللحم الذي في الحيوان فيكون

لم يقبل اقراره عليه بالنسب كما لا يقبل اقراره عليه بالمال ولو كان له ابنان مسلم وكافر لم تعتبر موافقة الكافر ولو كان الميت كافرا كفي استلحاق الكافر ولا فرق في ثبوت النسب بين أن يكون المقر به كافرا أو مسلما (الثانية) لو مات وخلف ابنا واحدا وأقر بأخ آخر ثبتت نسبه ولو مات وخلف ابنين أو ابنتين أو بنات فلا بد من اتفاقهم جميعا وكذلك تعتبر موافقة الزوج والزوجة لانهما من الورثة وفيهما وجه لان الزوجية تصرم بالموت ولان المقر به النسب ولا شركة لها في النسب ويجرى مثل هذا الخلاف في المعتق ولو خلف بنتا واحدة فان كانت حائزة بان كانت معتقة يثبت النسب باقرارها وان لم تكن حائزة ووافقها الامام فوجهان جاريان فيما إذا مات من لا وارث له فالحق الامام به مجهول والخلاف مبني على أن الامام له حكم الوارث أم لا والذي أجاب به العراقيون انه يثبت النسب بموافقة الامام ثم هذا الكلام فيه إشكال ذكر الامام ذلك لا على وجه الحكم أما اذا ذكر على وجه الحكم (فان قلنا) أنه يضي لعلم نفسه ثبت النسب والا فلا (الثالثة) لافرق بين أن تكون حيازة الملحق تركة الملحق به بغير واسطة أو بواسطة كما اذا أقر بعمومة مجهول وهو حائز لتركة أبيه الحائز لتركة جده الملحق به فان كان قد مات أبوه قبل جده والوارث ابن الابن فلا واسطة (الرابعة) البالغ من الوارثين لا ينفرد بالاقرار ونقل الامام وجهها أنه ينفرد ويحكم بثبوت النسب في الحال وربما يوجه بأن أمر النسب خطر فالظاهر من حال كامل الحال من الورثة أن يعتنى به ولا يحازف فيه وعلى الأول ينتظر بلوغ الصبي فاذا بلغ الصبي ووافق البالغ ثبت النسب حينئذ فان مات قبل البلوغ نظر أن لم يخلف سوى المقر ثبت النسب وان لم يحدد اقراره وان خلف ورثة سواء اعتبر موافقتهم واذا كان أحد الوارثين مجنونا فهو كما لو كان أحدهم صبيًا ولو خلف بالعين عاقلين وأقر أحدهما وأنكر الآخر ثم مات ولم يخلف

فاضل اللحم في مقابلة الجلد والعظم والى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مال المزني وأطلق جماعة من الاصحاب منهم القاضي أبو الطيب نسبة الخلاف اليه وكذلك الرواني في الحلية ونقله عن الماوردي وقال انه القياس والاختيار وفي اختياره مخالفة لما عليه الاصحاب والشافعي رضى عنه وقال ان الخبر محمول على التنزيه والارشاد وهذا مخالف لما حكيناه أنهم كانوا يعدون ذلك من تيسير الجاهلية (فان قلت) اما أن يتمسكوا في ذلك بحديث الحسن عن سمرة أو بمرسل سعيد بن المسيب فان تمسكتم بحديث سمرة فقد روى عن سمرة فليس حجة عند الشافعي وان تمسكتم بالمرسل وكذلك الأثر عن أبي بكر (قلت) أما حديث سمرة في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان فله معارض وهو حديث عبد الله بن عمرو مع مافيه من الكلام وكون جماعة روه موقوفاً فلذلك لم يقل به الشافعي وحمله ان صح على النسبة من الجانبين جمعاً بينه وبين حديث عبد الله بن عمرو واما النهي عن بيع الحيوان باللحم هنا فليس له معارض بل له ما يعضده من الرسائل والآثار وقول أكثر أهل العلم وأما الاعتراض بان المرسل ليس بحجة فقد روى ذلك عن الشافعي قوله في المختصر قال الشافعي رضى الله عنه في المختصر

الا أخاه المقر فظهر الوجهين أنه يثبت النسب لأن جميع الميراث قد صار له وثانيها المنع لان اقرار الفرع مسبوق بانكار الأصل ويجرى الخلاف فيما اذا أخلف المنكر وارثاً فأقر ذلك الوارث والوجهان عند القاضي الحسين مبنيان على الوجهين في استلحاق من نقاه الموت ولو أقر أحد الاثنين وسكت الآخر ثم مات الساكت وابنه مقر ثبت النسب لاحالة لان اقراره غير مسبوق بتكذيب الأصل (الخامسة) لو أقر الوارث المستغرق بأخوة مجهول فأنكر المجهول نسب المعروف لم يتأثر بقوله النسب المشهور وفيه وجه أن المقر يحتاج الى البينة على نسبه لاعترافه بنسب المجهول وانكاره اياه والمذهب الأول وفي ثبوت نسب المجهول وجهان (وجه المنع) أن المقر ليس بوارث بزعمه (والثاني) وهو الأصح انه يثبت لحكما بأنه وارث حائز ولو أقر بأخوة مجهول ثم أنهما أقرا ينسب ثالث وأنكر الثالث نسب الثاني ففي سقوط نسب الثاني وجهان (أحدهما) السقوط لانه ثبت بنسب الثالث فاعتبر موافقته لثبوت نسب الثاني ولو أقر بأخوة مجهولين فصدق كل واحد منهما الا خر ثبت نسبهما وان كذب كل واحد منهما الآخر فوجهان (أحدهما) ثبوت النسب لوجود الاقرار ممن يحوز التركة فان صدق أحدهما وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق درن المكذب هذا اذا لم يكن المجهولان توأمين فان كانا توأمين فلا أثر لتكذيب أحدهما الآخر فاذا أقر الوارث بأحدهما ثبت نسب كليهما (السادسة) اذا أقر بنسب من يجب المقر كما اذا مات عن أخ أو عم فافر بان للبيت فاحد الوجهين انه لا يثبت نسبه لانه لو ثبت لورث ولو ورث لحجب المقر واذا حجب خرج عن الاهلية

وكان القاسم وابن المسيب وعروة بن الزبير وابو بكر بن عبد الرحمن يحرمون بيع اللحم بالحيوان عاجلا وآجلا يعظمون ذلك ولا يرخصون فيه قال وهذا نأخذ كان اللحم مختلفا أو غير مختلف وارسال ابن المسيب عندنا حسن فهذا قول الشافعي في المراسيل على الاطلاق واما مراسيل سعيد بن المسيب فالمقول عن الشافعي انه كان في القديم يحتاج بها فاما في الام فانه لم يقل بها ولكنه قال ما قال في المختصر في هذا الموضع وارسال ابن المسيب عندنا حسن ونقل بعض الناس عنه انه قال تتبعها فوجدتها مسندة قال الخطيب البغدادي في السكافية ومذهب كثير من الفقهاء بخلاف ذلك حتى قال محمد بن جرير الطبري ان التابعين بأثرهم اجمعوا على قبول المرسل ولم يات عنهم انكاره ولا عن أحد من الأئمة بعدهم الى رأس المائتين فانه تعرض بان الشافعي رضي الله عنه أول من أبى قبول المراسيل وقال أبو داود السجستاني قريبا من ذلك في رسالته التي كتبها الى أهل الامصار في سبب كتابة السنن وأما المراسيل فقد كان يحتاج بها العلماء فيما مضى مثل سفيان الثوري ومالك بن أنس والاوزاعي حتى جاء الشافعي فتكلم فيه وتابعه احمد بن حنبل وغيره فيحتاج الى أن يذكر تحرير مذهب الشافعي في ذلك فاعلم ان المشهور عن الشافعي رحمه الله عدم قبول المرسل وهو قول أكثر الأئمة من حفاظ الحديث ونقاد الأثر على ما قاله الخطيب البغدادي بل كلهم ما يشير اليه كلام أبي عمر بن عبد البر في التمهيد ومن وافق الشافعي على ذلك أحد بن حنبل في احد قوليه وابو زرعة الداري وابو حاتم وابنه عبد الرحمن ومن قال به مع الشافعي يحيى بن سعيد القطان ووفاته مقدمة على وفاة الشافعي واما قول أبي بكر رضي الله عنه فقد أشار الشافعي الى وجه الاحتجاج به بقوله في المختصر ولانعلم أن أحدا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم خالف في ذلك ابا بكر قال الشيخ ابو حامد والطاهر اذا نحررت جزور وحضرها امام الوقت ان يكون هناك اناس كثيرون وقد قال هذا ولم يذكر عليه احد فقد اعتضد هذا المرسل

للاقرار واذا بطل الاقرار بطل النسب (وأصحهما) الثبوت لأن ثبوت النسب بمجرد لا يرفع الاقرار وانما يلزم ذلك من التورث وسيأتي الكلام في التورث في الفصل الثاني ثم التورث قد ينتفي بأسباب وموانع ولا يبعد أن يكون هذا منها *

﴿ الفصل الثاني في ثبوت الميراث ﴾

قال * والمقر يحتاج الى البينة * ولو أقر الأخ بابن لآخيه الميت فالظاهر أنه يثبت النسب دون الميراث اذ لو ثبت لحرم الأخ ونخرج عن أهلية الاقرار * وقيل انهما يشتان * وقيل أهما لا يشتان * المقر به لا يخلو اما أن يكون ممن لا يحجب المقر عن الميراث أو ممن يحجبه أو يحجب بعض الورثة المقرين دون البعض (الحالة الأولى) إذا لم يحجب المقر فيشتركان في التركة على فرائض الله تعالى ولو أقر أحد الابنين المستقرقين بأخ وأذكر الآخر فظهر المذهب وهو المنصوص أنه لا يرث لأن

بحديث اسد من وجه وقول أبي بكر مع عدم مخالفة بقية الصحابة وفتيا أكثر أهل العلم ممن بعدهم فان مالكا رحمه الله روى في الموطأ عن أبي الزناد وقال كل من ادركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان أبان بن عثمان وهشام بن اسمعيل ينهون عن ذلك وفي الموطأ عن سعيد بن المسيب قال كان ميسر أهل الجاهلية يبيع اللحم بالشاة والشاتين وقال الشافعي رضى الله عنه في المختصر في هذا الموضع وارسال ابن المسيب عندنا حسن وقال الامام الجليل عبد الرحمن بن أبي حاتم في كتاب المراسيل في قول الشافعي رضى الله عنه ليس انتفع بشيء مما دنا منقطع ابن المسيب فلا بأس أن يمتد به وكذلك الشيخ أبو حامد حمل قول الشافعي في المختصر على ذلك وأنه يعتبر بها ولا تكون حجة وقال الحافظ أبو بكر الخطيب في كتاب الكفاية في معرفة أصول الرواية ونقلته من خطه اختلف الفقهاء من أصحاب الشافعي في قوله هذا فمنهم من قال أراد الشافعي به أن مرسل سعيد بن المسيب حجة وانما فعل ذلك لأن مراسيل سعيد تتبعته فوجدت كلها مسانيد عن الصحابة من جهة غيره ومنهم من قال لافرق بين مرسل سعيد ومرسل غيره من التابعين وانما رجع الشافعي والترجيح بالمرسل صحيح وان كان لا يجوز أن يحتج به علي إثبات الحكم قال الخطيب وهذا هو الصحيح من القولين عندنا لأن في مراسيل سعيد ما لم يوجد مسنداً بحال من وجه (قلت) وهذا القول هو الصحيح كما قال الخطيب وانما يفعل الشافعي ذلك في كتاب الرسالة وتلخيص ما قاله فيها أن المنقطع مختلف فمن شاهد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من التابعين

الارث فرع النسب وأنه غير ثابت كما سبق واذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع وعن صاحب التقریب حكاية وجه تحريم أن المقر له يرث ويشارك المقر بما في يده ورأيت ذلك لابن سريج وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ومالك وأحمد رحمهما الله ويتأيد بمسائل (منها) لو قال أحد الابنين فلانة بنت أينا وأنكر الآخر حرم على المقر نكاحها مع أنه فرع النسب الذي لم يثبت ولو قال أحدهما لعبد في التركة إنه ابن أينا هل يحكم بعقده فيه وجهان (ومنها) لو قال أحد شريكي العقار لثالث بعث منك نصيبي فأنكر لا يثبت الشراء وفي ثبوت الشفعة للشريك خلاف (ومنها) لو قال يزيد على عمرو كذا وأنا به ضامن فأنكر عمرو ففي مطالبة المقر بالضمان خلاف (والاصح) المطالبة (ومنها) إذا اعترف الزوج بالخلع وأنكرت المرأة ثبتت بينونة وازم يثبت المال الذي هو الأصل (واذا قلنا) بظاهر المذهب وكذلك في ظاهر الحكم (فأما) في الباطن فهل على المقر إذا كان صادقا أن يشركه فيما في يده فيه وجهان (أحدهما) لا كما في الظاهر (والثاني) نعم قال ابن الصاغ وهو الصحيح لأنه عالم باستحقاقه محرم عليه منع حقه منه وعلي هذا فبكم يشركه فيه وجهان (أحدهما) بنصف ما في

فحدث حديثاً منقطعاً عن النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر عليه بأمور أن يسنده غيره من الحفاظ
للمأمورين بمثل معنى ما روى أو موافقة مرسل غيره وهي أضعف من الأولى أو موافقة قول صحابي أو
اقوام من أهل العلم يفتون بمثل معني ما روى فإذا وجدت الدلائل لصحة حديثه بما وصفت أحببت أن
يقبل مرسله ولا يستطيع أن يزعم أن الحجة تثبت به ثبوتها بالمتصل فاما من يعد من كبار التابعين
الذين كثرت مشاهدتهم لبعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا أعلم واحداً منهم يقبل مرسله
واعلم أن في قول الشافعي أحببت أن يقبل فيه إشكال لأنه لا تخيير في إثبات الأحكام بل إما أن
يظهر موجبها فيجب أولاً فيحرم فإن كان المرسل إذا اقترن به شيء من ذلك حجة وجب العمل به
وان لم يكن حجة حرم العمل به فيحتمل أن يكون مراده أنه لا تثبت الحجة به ثبوتها بالمتصل أي
لا يكون مثل المتصل وان كانت الحجة به ثابتة وتظهر فائدة ذلك فيما إذا عارضه متصل فيقدم المتصل
عليه ويحتمل أن يكون مراده أنه لا يجب العمل به لجرد اقترانه بمرسل آخر أو قول صحابي أو فتياً
أكثر أهل العلم ولا يرد معها ويطلب دليل آخر مجرد كما لو لم يرد أصلاً بل يجب النظر في ذلك وفيما
يعارضه أو يوافقه من بقية الأدلة كقياس وشبهه والعمل بما يترجح من الظن والله أعلم * وقال الماوردي
إنه حكى عن الشافعي أنه أخذ بمراسيل سعيد في القديم وجعلها بانفرادها حجة لأنه لم يرسل حديثاً
إلا وجد مسنداً ولا يروي اخبار الآحاد ولا يحدث إلا بما سمعه من جماعة أو عضده قول الصحابة أو
رواه منتشرًا عند الكفاة أو وافقه فعل أهل العصر كونه إنما أخذ عن أكابر الصحابة ومراسيله سبرت

يده لان قضية ميراث البنين التسوية فلا يسلم لأحدهما شيء والا ويسلم للآخر مثله والثالث
بزعمهما غضبهما بعض حقهما وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله (وأصحهما) وبه قال مالك رحمه الله وأحمد
بثلث مافي يده لأن حق الثالث بزعم المقر شائع فيما في يده ويد صاحبه فله الثلث من هذا وله الثلث
من ذاك ويقال الوجهان مبنيان من القولين فيما إذا أقر أحد الابنين بدين على أبيه فانكر الآخر
هل على المقر توفية جميع الدين مما في يده أم لا يلزمه إلا القسط (فان قلنا بالثاني) لم يلزمه إلا الثلث
لجعلنا الحق الثابت بالاقرار شائعاً في التركة ولكل واحد من الوجهين عبارة تجري مجرى الضابط
لاخوات هذه الصورة فالعبارة على وجه النصف اننا نذكر في أصل المسألة على قول المنكر ونصرف
اليه نصيبه منها ثم تقسم الباقي بين المقر والمقر به فان انكسر صحته بالضرب فاصل المسألة في الصورة
التي نحن فيها اثنان على قول المنكر يدفع اليه واحداً منهما يتي واحد لا ينقسم على اثنين يضرب
اثنين في أصل المسألة يكون أربعة سهمان منها للمنكر ولكل واحد من الآخرين سهم
وعلى وجه الثلث نأخذ أصل المسألة على قول المنكر وأصلها على قول المقر ونضرب أحدهما

فكانت مأخوذة عن أبي هريرة ومذهب الشافعي في الجديد أن مرسل سعيد وغيره ليس بحجة (قلت) وهذه الامور التي ذكرها الماوردي رحمه الله من كون سعيد لا يروى اخبار الآحاد ووجدت مراسيله كلها مسانيد فلا يحدث الا بما سمعه من جماعة أو معتزداً أو منتشرأً أو موافقا فعل أهل العصر وكون مراسيله كلها عرف أنها عن أبي هريرة رضى الله عنه لا دليل على شيء من ذلك بل هي أمور ضعيفة لم يثبت شيء منها فلا يعرف بل قد روى سعيد في الصحيح عن أبيه المسيب فالحصحيح ما قاله الخطيب كما تقدم وهو الذي نسب الماوردي إلى الجديد ثم ذكر الماوردي أن المرجحات للمرسل التي إذا اعتضد به واحد منها صار هو مع (١) اعتضد به حجة على الجديد أحد سبعة أشياء قياس أو قول صحابي أو فعل صحابي أو قول للكثيرين أو ينشر في الناس من غير دافع له أو يعمل به أهل العصر أولاً توجد دلالة سواء (قلت) وقد تقدم في كلام الشافعي المنقول من الرسالة أربع مرجحات (منها) موافقة قول صحابي أو أقوام من أهل العلم وهما في كلام الماوردي (ومنهما) اعتضاده بمسند أو مرسل آخر وليس في كلام الماوردي فإذا جمعت بين الكلامين كانت المرجحات تسعة ثم في بعضها أو أكثرها مشاحجة (منها) قول الماوردي إنه لا يوجد دليل سواء كأن المرسل اذا لم يكن في نفسه دليلاً ولم يوجد دليل سواء كان المسألة لا دليل فيها أصلاً ولا يجوز اثبات حكم بشيء لا يعتقده دليلاً لانا لم نجد غيره وان قيل إنه في هذه الحالة دليل وفي غيرها ليس بدليل فيقول انه في غير هذه الحالة إذا كان هناك دليل غيره فاما أن يكون موافقاً أو مخالفاً

(١) يياض
بالأصل فخر

في الآخر ونقسم الحاصل باعتبار مسألة الانكار فيدفع نصيب المنكر منه اليه باعتبار الاقرار ويدفع نصيب المقر منه اليه ويدفع الباقي إلى المقر به ومسألة الانكار فيما نحن فيه من اثنين ومسألة الاقرار من ثلاثة فنضرب أحدهما في الآخر يكون ستة ثلاثة منها للمنكر وسهمان للمقر وواحد للمقر له ولو كانت المسألة بجالها وأقر أحد الابنين بآخرين فعلى الوجه الأول المسألة على قول المنكر من اثنين يدفع نصيبه اليه يبقى واحد لا ينقسم على ثلاثة يضرب ثلاثة في اثنين يكون ستة ثلاثة منها للمنكر ولكل واحد من الباقيين واحد وعلى الوجه الثاني أصلها على قول المنكر من اثنين وعلى قول المقر من أربعة يضرب أحدهما في الآخر يكون ثمانية أربعة منها للمنكر واثنان للمقر ولكل واحد من المقر بهما سهم وعن صاحب التقریب يصرف بالتوسط بين الوجهين وهو أن ينظر فيما حصل في المقر أحصل بقسمة اجبر المنكر عليها أم بقسمة هو مختار فيها أما على تقدير الاجبار (فالجواب) ما ذكرنا في الوجه الثاني وأما على تقدير الاختيار فينظر ان كان عالماً عند القسمة بأن معهما ثالث مستحقاً (والجواب) ما ذكرناه في الوجه الاول لانه متعد بتسليم نصف حقه الثابت اليه فيغرمه ما حصل في يد

ان كان موافقاً للحكم ثابت بلا اشكال ولا غرض في اسناده الى المرسل مع ذلك الدليل وحده أو اليه مع المرسل وان مخالفاً فاما أن يكون راجعاً عليه أو مرجوحاً فان كان راجعاً قدم على المرسل مع القول بأنه حجة وان كان مرجوحاً لم يقدم عليه وحينئذ ينبغي لمن يعمل به عند عدم الدليل مطلقاً أن يعمل به ههنا لرجحانه وهو يصير الى أن المرسل حجة والتفريع على خلافه ولا ينفع التعلل بأنه حجة ضعيفة في أن يدفع بأدنى معارض وان كان مرجوحاً لان ذلك بحث جدلي لا طائل تحته (وأما) اعتضاده بمسند فاذا كان المسند صحيحاً كان العمل به لا بالمرسل (وأما) اعتضاده بمرسل آخر فاذا لم يكن المرسل حجة لم يفد اقتراحه بما ليس بحجة وكذلك قول الصحابي وفعله وقول الاكثرين والانتشار (وأما) القياس فان كان قياساً صحيحاً فهو حجة في نفسه غير مفتقر الى المرسل ولا يصير المرسل به حجة كما لو اقترن بالقياس الصحيح قياس فاسد وان كان ذلك القياس لا يجوز التمثيل به لو انفرد فقد انضم ما ليس بحجة وعاية ما يتخيل أن الشافعي لم يلاحظ في ذلك الا قوة الظن فان المرسل يثير ظناً ضعيفاً وليس كالقياس الفاسد وما لا يثير ظناً أصلاً فاذا اقترن المرسل المثير للظن بامر مقوم للظن جاز أن ينتهي الى حد يتمسك به ثم ذلك الحد ليس مما يضبط بعبارة شاملة بل هو موكول إلي نظر المجتهد وههنا تفاوت رتب العلماء وتفاوت المجتهدين من سواهم من الجامدين علي أمور كلية يطردونها في كل ورد وصدر وانما جمد على ذلك أكثر المتأخرين لبعدهم عن التكيف بفهم نفس الشريعة والتمييز بين مراتب الظنون وما يقتضي نفس الشارع في اعتباره والغاية وهذه رتبة عزيزة سبق اليها المتقدمون ولو حاول محاول ضبط ما يحصل من اجتماع تلك الامور

صاحبه كما يفهم الحاصل في يده فان لم يكن عالماً حينئذ ثم علم فوجهان يوجه أحدهما بأنه لا تقصير منه (والثاني) بأنه لا فرق بين العلم والجهل فيما يرجع الى الغرم (الحالة الثانية) إذا كان المقر به ممن يحجب المقرين عن الميراث أو بعضهم كما لو كان للوارث في الظاهر أخاً أو ابن عم أو معتقاً فاقتر بآبن لميت فان لم تثبت نسبه فذاك وان أثبتناه ففي الميراث وجهان (أظهرهما) المنع لانه لو ورث لحجب الاخ ولو حجبته لخرج عن أهلية الاقرار واذا بطل الاقرار فلا نسب ولا ميراث فاذا يلزم من توريثه منعه (والثاني) وبه قال ابن سريج أنه يرث ويحجب المقر وهو اختيار صاحب التقريب وابن الصباغ وجماعة ومنعوا لزوم بطلان الاقرار من حرمانه وقالوا المعتبر كونه وارثاً لولا اقراره ذلك لا ينافي خروجه عن الوارثية بالاقرار كما ان المعتبر كونه حائزاً للتركة لو أقر الابن المستغرق في الطاهر بأخوة غيره قبل وتشاركاً في الارث كذلك ههنا ولو خلف بنتاً هي معتقة فاقرت بأخ في ميراثه وجهان تقريباً على الوجه الاول في المسألة السابقة (أحدهما) يرث ويكون المال بينهما اثلاثاً لان توريثها لا يحجبها (والثاني) لا لانه يحجبها عن عصوبة الولاء فصار كما لو خلف بنتاً ومعتقاً وأقر بآبن لميت لا يثبت

بالموازنة بينه وبين الظن المستفاد من قياس صحيح واحد من أول درجات القياس أو خبر لذلك قياسا واه اعتبر وما نقص عنه النقي لم يكن مبعدا لكنه ليس كمال المعنى المشار اليه بل هو غاية ما تحيط به العبارة لمن ينبغي ضبط ذلك بقواعد كلية ويوثق الله تعالى وراء ذلك لبعض عباد من الفهم ما يقصر عنه الوهم ومن جد وجد ومن ذاق اعتقد (ومن لم يجعل الله له نورا فإنه من نور) واحتج الاصحاب من جهة القياس بأنه جنس فيه الربا يبيع بأصله الذي فيه منه فلم يحز كماله ببيع الشيرج بالسهم وكان الشيرج المفرد أقل من الذي في السهم أو مثله فإن الحنفية سلموا امتناعا في هذه الصورة وهذا الاحتجاج إنما يستمر في بيع اللحم بحيوان من جنسه وإذا فرعنا على أن اللحوم أجنس واحد أما إذا فرعنا على الصحيح أنها أجناس وباعه بغير جنسه فلا يستمر هذا الاحتجاج واحتجوا أيضا بأن اللحم جنس فيه الربا وهو على غير حالة كمال الادخار فلم يحز بيعه بأصله الذي فيه منه أصله ببيع الدقيق بالحنطة وليس الامتناع فيه لكون الدقيق الذي يحصل من الحنطة مجهول القدر بدليل أن الحنطة بالحنطة واحدهما أجود وأكثر دقيقا من الأخرى جائز وإن كان يؤدي في الثاني إلى عدم التساوي وهذا كله على ما قررناه أن المرسل يعتبر به فلا يكون حجة بمجردة وقد قال الروائي أن الشافعي قال في كتاب الرهن الصغير من الام وارسال ابن المسيب عندنا حجة وقد نظرت في كتاب الرهن الصغير من الام فلم اجد ذلك صريحا لكن فيه ما يدل عليه دلالة قوية ويمكن تأويله بتعسف على القول الاول فانه ذكر حديث سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يعلف الزبير من صاحبه الذي له غنمه وعليه غرمه » ثم ذكر من اعترض عليه فقال كيف قبلتم عن

لحجبه المعتق ولو ادعي مجهول على أخى الميت أنه ابن الميت فانكر الاخ ونكل عن اليمين فحلف المدعى اليمين المردودة ثبت نسبه ثم ان جعلنا النكول ورد اليمين كلبينة ورث وحجب الاخ وان جعلناهما كالأقرار ففيه الخلاف المذكور فيما إذا أقر به الاخ ولو مات عن بنت وأخت فآقرتا بابن للميت فنصيب الأخت على الوجه الأظهر يسلم لها لأنه لو ورث الابن لحجبهما وعلي الثاني يأخذ مافي يدها كله وهذا الحكم فيما إذا خلف زوجة وأخا فأقرا بابن يكون للزوجة الربع على الوجه الأظهر وهذا الابن لا ينتقض حكمها كما لا يسقط الاخ ولنعد الى ما يتعلق بلفظ الكتاب (أما) قوله فلا يقبل الامن وارث مستغرق لفظه مستغرق معلم بالحاء والميم - وكذلك قوله ثبت نسبه وميراثه لأن عند أبي حنيفة في روايته المشهورة لا يشترط اقرار جميع الورثة وإنما المعتبر عدد الشهادة فإذا لم يكن الا ابن واحد لم يثبت النسب باقراره فإذا خلف أبناء فأقر اثنان منهم كفى وبه قال مالك (وقوله) اعتبر موافقتهما معلم - بالواو - وكذلك قوله موافقة المولى المعتق (وقوله) ولأن الامام ليس بوارث انما هو

ابن المسيب منقطعاً ولم تقبلوه عن غيره فاجاب فقال قلنا لا يحفظ أن ابن المسيب رواه منقطعاً إلا وجدنا ما يدل على تشديده ولا أثره عن أحد فيما عرفنا عنه الا ثقة معروف فمن كان بمثل حاله قبلنا منقطعاً ورأينا غيره يسمى المجهول ويسمى من يرغب عن الرواية عنه و يرسل عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن بعض من لم يلق من أصحابه المستنكر الذي لا يوجد له شيء يسدده ففرقنا بينهم لافتراق احاديثهم ولم نحاب احداً ولكننا قلنا في ذلك بالدلالة البينة على ما وصفنا من صحة روايته ثم ذكر الشافعي رواية من جهة يحيى بن أبي انيسة الى سعيد عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك ثم قال الشافعي بعد ذلك فالسنة ثابتة عندنا والله أعلم * بما قلنا وليس مع السنة حجة ولا فيها الا اتباعاً مع انها أصح الافاويل مبتداً ومخرجاً فهذا ما رأيته في كتاب الرهن الصغير وهو قوى الدلالة على ان الحجة قائمة بذلك وتأويله ممكن على بعد وليس كما يتوهمه بعض الضعفاء من أنه تتبعها فوجدناها مسندة فيكون الاحتجاج بالمسند فان ذلك توهم ان الاسناد حاصل عنده في هذا المرسل بعينه وليس كذلك بل لما كان حال صاحبها أنه لا يروى الا مسنداً عن ثقة حمل هذا المرسل على ما عرف من عاداته فيحتاج به لذلك وأشار ابن الرفعة إلى ان الرهن الصغير من القديم وان كان من كتب الأم وتعلق في ذلك بان الماوردي وغيره قالوا عند الكلام في آجال الراهن وعقته انه من القديم قال وكذلك نسب الماوردي هنا قبول رواية ابن المسيب إلى القديم * قال المزني اذا لم يثبت الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فالقياس عندي أنه جائز وذلك أنه اذا كان فصيلاً بمجوز قائمين جاز ولا يجوز مذبحين لأنهما طعامان لا يحلان الا مثلاً بمثل وهذا لحم وهذا حيوان

نائب أي نائب المسلمين في أخذ حقهم وحفظه وهو اشارة الى ما سبق أن الامام هل له حكم الوارث أم لا (وقوله) ولا الميراث عند قوله لم يثبت النسب ولا الميراث على القول المنصوص إلى الميراث معلم بالالف وحده وأما أن النسب لا يثبت فلا خلاف فيه (واعلم) أن حاصل الخلاف في المسألة طريقتان جمعهما صاحب التقريب (أحدهما) أن الارث يثبت باطناً وفي الظاهر خلاف (والثاني) أنه لا يثبت ظاهراً إلا أن المقابل للقول المنصوص هو المخرج الذي عزاه بعضهم إلى ابن سريج على ما بينه في الوسيط وإنما خرج ابن سريج ذلك في الارث الظاهر واذا كان جازماً بشبوته باطناً فيكون قوله بعد ذلك وقيل يثبت باطناً وفي الظاهر خلاف غير ما ذكره مرة فلا ينبغي أن يقول وقيل لا يثبت ظاهراً وفي الباطن خلاف إن اراد الطريقة الاخرى والأوجه الثلاثة التي ذكرناها في الميراث إذا أقر لشخص وأنكر المقر له نسب المقر حاصلة من الخلاف الذي أسلفناه في أن نسب المقر هل يتأثر بانكار المقر له وان لم يتأثر فهل يثبت نسب المجهول (فقوله) لا يشارك مبني على أن نسب المقر بحاله ونسب المقر له يثبت

فهما مختلفان فلا بأس به في القياس ان كان فيه قول متقدم ممن يكون لقوله اختلاف الا أن يكون الحديث ثابتاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فنأخذ به ونُدع القياس * وقد مال المزني في هذا الكلام الى الجواز بشرطين أحدهما أن لا يكون الحديث ثابتاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني أن يكون فيه قول متقدم يعني مخالف لأبي بكر وقد احتج المجوزون أيضاً بأنه لو كان فيها الربا لعسر كالدراهم مع الطعام جاز بلا خلاف فينبغي أن تكون مسألتنا وليس في الحيوان ربا أجوز ويقاس ذلك على بيع اللحم بالثوب وبالجلد وبأنه لا اعتبار باللحم الذي في الحيوان بدليل جواز بيع الحيوان بالحيوان ولو اعتبر لما جاز ولكن يجوز بيعه بالدراهم أيضاً لأنه غير مذكى فيكون في معني الميتة فلما أجمعوا على جواز بيعه دل على عدم اعتباره * وقول المزني بمن يكون لقوله اختلاف قال ابن داود يكون معناه ممن يعد خلافه خلافاً حتى يثبت الاختلاف بقوله والجواب عن الأول أن الحديث قد ثبت اعتماداً على تصحيح الحاكم والبيهقي وعن القياس على الثوب أن الثوب والجلد كل منهما ليس بربوي ولا فيه ربوي والحيوان فيه ربوي وهو الملح والجلد فيشبه قشر الفستق يحوز بيعه بلب الفستق ولا يجوز بيع الفستق في قشره بلبه وعن قولهم ان اللحم في الحيوان لا يعتبر ان ذلك اذا بيع بغير اللحم أما إذا بيع باللحم فإنه يعتبر كالسهم بالشيرج وذكر الاصحاب أسئلة يمكن أن نوردها من جهة الخصم وأجوبتها (منها) حمل النهي على الكراهة وأجاب عنه بأن أبا خنيفة رضى الله عنه لا يقول بالكراهة على أن النهي المطلق للتحريم (ومنها) لعل المراد بالحيوان الذي ذبح ولم يسلخ جلده وحينئذ لا يجوز بيعه باللحم وأجاب الشيخ أبو حامد بأنه لا ينطلق عليه اسم الحيوان (ومنها) على أثر أبي بكر رضى الله عنه حمل العناق

(وقوله) وقيل انهما يشتركان ولا يبالى بتكذيبه مبني على أن نسب المقر بحاله ونسب المقر له يثبت والوجه الآخر مبني على أن نسب المقر يتأثر بانكار المجهول (وأما) الوجوه الثلاثة المذكورة فيما إذا أقر الاخ بابن لاختيه الميت فلا يخفى عليك خروجها عما مر إذا جمع بين النسب والميراث وقد وقع في شرح الفصل تغيير ترتيب بعض المسائل للحاجة اليه فلا يبالى به *

﴿ فرع ﴾ إقرار الورثة بزواج أو زوجة لميت مقبول وعلى القديم قول أنه لا يقبل فلو أقر أحد الابنين المستغرقين وأكر الآخر فالتوريت على ما ذكرنا فيما إذا أقر أحدهما بأخ وأنكر الآخر *
 ﴿ فرع ﴾ لو أقر انسان وقال فلان أخى ثم فسر بالاخوة من الرضاع حكى القاضي الرويانى عن أبيه أن الاشبه بالمذهب أن لا يقبل لأنه خلاف الظاهر ولهذا لو فسر باخوة الاسلام لا يقبل *
 ﴿ فرع ﴾ في فتاوى القفال أنه إذا أقر على أبيه بالولاء فقال هو معتق فلان ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقاً كما في النسب والله تعالى أعلم بالصواب *

على المذبوحة وقد تقدم جوابه (ومنها) حمله على أن الجزور كانت للمساكين فنحرت لتفرق عليهم فلا يجوز بيعها وأجابوا عنه بأنه خلاف الظاهر من قول ابن عباس فإنه يقتضى تعليق الحكم على ذلك الوصف المذكور وعن قول أبي بكر هذا لا يصلح ولم يقل لا يجوز بيع هذا اللحم ولو كانت من ابل الصدقة لم يخف أمرها على الناس وأنه لا يجوز بيعها وقد اعترض القاضى حسين على الخصم بأن المرسل عنده حجة وعندنا هل المرسل حجة فقد اتفقنا على قبول هذا الحديث والعمل به ﴿ تنبيه ﴾ قول المصنف بلحم ظاهره ليس بمراد وإنما المراد بلحم مثله فالمثالة إما أن تكون مطلقاً فيكون المراد بلحم حيوان من جنسه وإما أن يكون المراد للمثالة فى الوصف الذى ذكره وهو كونه يؤكل فيكون المراد بلحم حيوان مأكول وهذا هو الطاهر من مراد المصنف فإنه لم يذكره بعد ذلك إلا يبيعه بغير المأكول وحينئذ يندرج فى قول المصنف صورتان (أحدهما) يبيعه بحيوان يؤكل من جنسه وهو ممتنع بلا خلاف عندنا كلحم الجزور يجوز ولحم شاة بشاة وما أشبه ذلك (الصورة الثانية) يبيعه بجنس آخر من الحيوانات المأكولة مثل لحم الجزور بالشاة (ان قلنا) اللحمان صنف واحد لم يميز قولاً واحداً (وان قلنا) أصناف فطريقان (أحدهما) لا يجوز قولاً واحداً وإلى ذلك ذهب صاحب الافصاح فيما حكاه الرويانى وهى

كتاب العارية

قال ﴿ والنظر فى أركانها وأحكامها ﴾ * أما الأركان فأربعة (الأول المعير) ولا يعتبر فيه إلا كونه مالكا للمنفعة غير محجور عليه فى التبرع * فيصح من المستأجر ولا يصح من المستعير على الأظهر لأنه مستبىح بالاذن كالضيء * نعم له أن يستوفى المنفعة بالوكيل يوكله لنفسه (الثانى المستعير) ولا يعتبر فيه إلا كونه أهلاً للتبرع *

قال فى الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وقال غيره منسوبة إلى العارة وهى مصدر يقال أعار يعير إعاره كما يقال أجاب يجيب إجابة وجابة وأطلق إطاعة وطاعة وقيل هى من عار يعير أى جاء وذهب فسميت عارية لتحويلها من يد إلى يد وقال إنه من التعاور والاعتوار هو أن يتداول القوم الشيء بينهم وذكر الخطابى فى الغريب أن لغة العارية بالتشديد وقد تخفف والأصل فيها قوله تعالى (ويمنعون الماعون) فسره بعضهم بما يستعيره بعض الجيران من بعض كالدلو والفأس والقدر وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال «العارية مضمونة والزعيم غارم»^(١)

كتاب العارية

(١) حديث ﴿ العارية مضمونة والزعيم غارم: تقدم فى الضمان من حديث أبى امامة لكن بلفظ العارية مؤداة وأما بلفظ مضمونة فهو فى الحديث الآتى *

الصواب لما سنده (والثانية) فيها قولان حكاهما القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والفوراني والرافعي (أصحهما) لا يجوز لعموم السنة (والثاني) يجوز لعدم الربا فيه وقاسه الرافعي على بيع اللحم باللحم وذكر أن ذلك مذهب مالك وأحمد قال الروياني في البحر وهو الصحيح وليس كما قال ﴿ تنبيه ﴾ قال صاحب ذخائر أن هذا التفصيل لا يصح لأنه لا خلاف أن الحيوان أجناس وإنما الخلاف فيه إذا صار لحمًا لشمول اسم اللحم للجميع وإذا كان لحم وحيوان يختلف أصل الجنس فلا يجوز أن يقال الجميع جنس واحد فيكون على قولين من غير تفصيل * والشيخ أبو حامد جزم بالجواز قال فيما علق عنه سليم وينبغي أن يكون غير جائز لأن الإجماع الذي ذكرنا هو في هذا يعني أثر أبي بكر رضي الله عنه وسكوت الباقيين والله أعلم بالصواب * وهذا الذي قاله الشيخ أبو حامد متعين وهو الذي جزم به في التهذيب وهو نص الشافعي صريحاً في الأم قال ولا يباع اللحم بالحيوان على أي حال كان من صنفه أو من غير

وروى أيضاً أنه صلى الله عليه وسلم «استعار درعاً من صفوان فقال اغصبا يا محمد فقال عليه السلام بل عارية مضمونة» ^(١) قال صاحب الكتاب ولها أركان وأحكام أما الأركان (فأحدها) المعتبر والمعتبر فيه ملكه المنفعة وأن لا يكون محجوراً عليه في التبرعات وإنما اعتبرت ملكية المنفعة دون العين لأن الاعارة ترد على المنفعة دون العين وإنما اعتبر عدم الحجر في التبرعات لأن الاعارة تبرع ويتعلق بقيد المالكية صورتان (أحدها) أن المستأجر يجوز له أن يعير لأنه مالك المنفعة ألا ترى أنه يجوز له أخذ العوض عنها بمقدار الاجارة وكذا الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار له أن يعيرهما (والثانية) أن المستعير هل يعير فيه وجهان (أحدهما) نعم كالمستأجر فإن للمستأجر أن يؤجر فكذلك المستعير

(١) * حديث * أنه صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان أدراعاً يوم حنين فقال أغصبا يا محمد فقال بل عارية مضمونة :أبو داود من حديث صفوان وقال لابل عارية مضمونة وأخرجه أحمد والنسائي والحاكم وأورد له شاهداً من حديث ابن عباس ولفظه بل عارية مؤداة وزاد أحمد والنسائي فضع بعضها فعرض عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضمها له فقال أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب وفي رواية لابي داود أن الادراع كانت ما بين الثلاثين إلى الأربعين وزاد فيه معنى ما تقدم ورواه البيهقي من حديث جعفر بن محمد عن أمية بن صفوان مرسلين أن الادراع كانت ثمانين ورواه الحاكم من حديث جابر وذكر أنها مائة درع وما يصلحها أخرجه في أول المناقب وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث زاد ابن حزم أن أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية يعني الذي رواه أبو داود في الباب عن ابن عمر أخرجه البزار بلفظ العارية مؤداة وفيه العمري وهو ضعيف وعن أنس أخرجه الطبراني في الاوسط بلفظ ان بعض أهل النبي صلى الله عليه وسلم استعار قصعة فضيعها فضمها له النبي صلى الله عليه وسلم تفرد به سويد بن عبد العزيز وهو ضعيف *

صنفه ولا ينبغي التردد في ذلك على أصل الشافعي فيه فان المرسل على أصل الشافعي لا يعمل به وحده وإنما عمل به لاعتضاده بأثر أبي بكر رضي الله عنه وإنما اعتضد به في بيع اللحم في المأكول من غير جنسه لكننا نعديه إلى منعه بالحيوان من جنسه بطريق الأولى فلا يحسن أن يخرج مورد الأثر الذي يقويه الاعتضاد *

(١) بياض
بالأصل فحرر

﴿ فرع ﴾ بيع اللحم بالسّمك الحى فيه وجهان في الحاوى وغيره (أحدهما) لا يجوز لأنه بيع اللحم بالحيوان (قلت) وهو قول ابن أبي هريرة (والثاني) يجوز لأن حى السمك في حكم ميتة (قلت) فإذا كان في حكم ميتة فينبغى أن يكون في حكم بيع اللحم باللحم (ان قلنا) أنه من جنسه لم يحز والاجاز وانروا يانى جعل الوجهين تقيماً على قوله السمك ليس من جنس اللحم (فان قلنا) من جنسه ^(١) (والثاني) أنه يجوز لعدم الربا وقال الماوردى في جواز بيع الحيوان بالسّمك وجهين من اختلاف أصحابنا في السمك هل هو صنف من اللحم أولا *

(٢) كذا
بالاصل فحرر

﴿ فرع ﴾ بيع الحيوان بالسّمك يجوز لأنه لا يسمى لحماً على الإطلاق قال الماوردى فيه وجهان من اختلاف أصحابنا في السمك هل هو صنف من اللحم أولا قال الرويانى اختيار الماسرخسى (ان قلنا) السمك ^(٢) وقال القاضى أبو الطيب ان قلنا من جنس سائر اللحوم لم يحز (وان قلنا) جنس آخر فقولان (قلت)

له أن يعبر ويحكى هذا عن أبى حنيفة (وأصحها) المنع لأنه غير مالك للمنفعة ألا ترى أنه لا يجوز له أن يؤجر وإنما أبيع له الانتفاع والمستبيع لا يملك ثقل الملك بالاباحة الى غيره والضيف الذي أبيع له الطعام ليس له أن يبيع لغيره نعم المستعير أن يستوفى المنفعة بنفسه وبوكيله (الركن الثانى) فى المستعير قال فى الكتاب ولا يعتبر فيه الا كونه أهلاً للتبرع أى يتبرع عليه وكأنه أراد التبرع بعقد يشتمل على الايجاب والقبول اما بقول أو فعل والا فالصبي والبهيمة لها أهلية التبرع والاحسان اليهما ولكن لا يوجب منهما ولا يعار *

قال ﴿ الثالث المستعار وشرطه أن يكون منتفعاً به مع بقائه * وفى اعارة الدنانير والدرهم لمنفعة التزيين خلاف لأنها منفعة ضعيفة * فإذا جرت فهي مضمونة لأنها عارية فاسدة * وأن يكون الانتفاع مباحاً فلا تستعار الجوارى للاستمتاع * ويكره الاستخدام الاحرم * وكذا يكره استعارة أحد الابوين للخدمة * واعارة العبد المسلم من الكافر * ويحرم اعارة الصيد من الحرم ﴾ *

(الركن الثالث) المستعار وله شرطان (أحدهما) أن يكون منتفعاً به مع بقاء عينه كالبيد والدواب والدور والثياب أما الاطعمة فلا يجوز اعارتها لان منفعتها فى استهلاكها وفى اعارة الدرهم والدنانير وجهان (أحدهما) الجواز لأنها تصلح للتزوين بها وللضرب على طبعها (وأصحها) المنع لان

ومرادها بذلك والله أعلم السمك الميت فلو باع حيوانا بسمك حي فينبغي أن يبني على الوجهين السابقين ان راعينا أن حي السمك في حكم ميتة فيكون كما لو باع حيوانا بلحم سمك فيجرب فيه الخلاف الذي حكاه أبو الطيب والماوردي وان جعلنا السمك الحى كالحيوان صار ذلك كبيع حيوان بحيوان وهو جائز وصورها الرافعي والقاضي حسين في لحم السمك بالشاة وهو ابن فانه قد يتوقف اللحم على السمكة الكاملة وان كانت ميتة والأقرب اطلاقه عليه كالحيوان المذبح وقال ان الأصح البطلان قال القاضي حسين في ذلك (ان قلنا) إن السمك يسمى لحماً فان راعينا الخبر لم يجز وان راعينا المعنى يخرج على الوجهين يعنى في اختلاف الجنس (وان قلنا) السمك لا يسمى لحماً جاز سواء راعينا الخبر أو المعنى وهذا ترتيب حسن أعنى ما سلكه القاضي حسين وحينئذ فان القول بالجواز قول ابن أبى هريرة قال لأنه لا يطلق عليه لحم أى لا يدخل السمك في اسم اللحم على ما تقدم والمراد بذلك والله أعلم ما قال أبو الطيب وقال ابن الصباغ ان باع لحماً بسمكة حية أو لحم السمك بحيوان حي (فان قلنا) انه من جملة اللحوم كان كلحم غنم يقر والا فقولان لوقوع اسم اللحم والحيوان عليه *

هذه منفعة ضعيفة قلما تقصد ومعظم منفعتها في الاتفاق والاخراج قال الامام وما ذكرناه في الدراهم يجرى في استعارة الخنطة والشعر وما في معناها ولك أن تبحث عن مواضع الخلاف أهو ماذا صرح بالاعارة للترين أم اذا أطلق فالجواب ان الاسبق الى الفهم من كلامهم في مسألة الدراهم ان الخلاف في حالة الاطلاق فاما اذا صرح بفرض الترين فقد اتخذ هذه المنفعة مقصداً وان ضعفت فينبغي أن يصح وبصحته أجاب في التتمة وعلى هذا قوله في الكتاب لمنفعة الترين ليس هو من كلام المعير وانما هو اشارة الى صورة الجواز لكن هذا يتفرع على تصحيح الاعارة مطلقاً أما اذا شرطنا تعيين جهة الانتفاع فلا بد من التعرض للترين أو غيره وسيأتي الخلاف فيه وحيث قلنا انه لا يصح اعارتها فان جرت فهي مضمونة لان العارية الصحيحة مضمونة وللفاضة حكم الصحيحة في الضمان وفيه وجه أنها غير مضمونة لان العارية صححت أو فسدت تعتمد منفعة معتبرة فاذا لم توجد فما جرى بينهما ليس بعارية لا أنه عارية فاسدة ومن قبض مال الغير باذنه لا لمنفعته كان أمانة في يده (الشرط الثانى) ان تكون المنفعة مباحة فلا يجوز استعارة الجوارى للاستمتاع وأما للخدمة فيجوز ان كانت الاعارة من محرم أو امرأة والا فلا يجوز لخوف الفتنة الا اذا كانت صغيرة لا تشتهى أو قبيحة ففيها وجهان (وقوله) في الكتاب ويكره الاستخدام الا لحرم لفظ الكراهية يستعمل للتحريم تارة وللتنزيه أخرى وأراد ههنا التحريم على ما صرح به فى الوسيط وهو جواب على نفي الفرق بين الصغيرة والكبيرة ثم انه حكم فى الوسيط بالصحة وان كانت الاعارة محطورة فيشبهه أن يقال بالفساد

﴿ فرع ﴾ بيع اللحم بالمعظم جائز قاله الماوردي وكذلك اللبن بالحيوان قاله الماوردي وأيضاً قال في الباب وأورد الماوردي على نفسه بأن اللبن يسمى لحماً روى أن نبياً شكى إلى الله تعالى الضعف فأوحى إليه أن كل اللحم باللحم يعني اللحم باللبن وقال الشاعر

يطعمها اللحم إذا عز الشجر * والخيل في إطعامها اللحم ضرر

يعنى أنه يطعمها اللبن عند عزة المرعي وأجاب بأن تسمية العرب اللبن لحماً استعارة ومجاز لاحقيقة ألا ترى أنه يجوز بيع اللحم باللبن متفاضلاً ولا يحنث باللبن إذا حلف على اللحم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وفي بيع اللحم بحيوان لا يؤكل قولان (أحدهما) لا يجوز للخبر (والثاني) يجوز لانه ليس فيه مثله فجاز بيعه به كالحكم بالثوب ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ القولان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ والرافعي والقفال والفوارني وصرح الحاملي أنه منصوص عليهما وذكر الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البندنجي أن قول المنع منصوص عليه في العرف قل الحاملي في المجموع القياس الجواز وقال القفال في شرح التلخيص أن قول الجواز قاله الربيع وأن قول المنع هو الصحيح وكذلك قال البغوي في التهذيب أن الأصح

فالإجارة للمنفعة المحرمة ويشعر بهما ما أطلقه المعظم من نفي الجواب ويكره استعارة أحد الأبوين للخدمة لأن استخدامهما مكروه ولفظ الامام في المسألة نفى الحل ويكره اعارة العبد المسلم من الكافر وهي كراهة تنزيه ولا يجوز للحلال اعارة الصيد من المحرم لانه يحرم عليه امساكه فلو فعل وتلف في يد المحرم ضمن الجزاء لله تعالى والقيمة للحلال وإن أعار محرم من حلال (فإن قلنا) إن المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على الحلال لانه أعار ماله ليس ملكاً له وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد الحلال لانه متعدد بالاعارة وكان من حقه الإرسال (وإن قلنا) لا تزول صحت الاعارة وعلى الحلال القيمة لو تلف الصيد عنده *

﴿ فرع ﴾ دفع شاة إلى رجل وقال ملكتك درها ونسلها فهي هبة فاسدة وما حصل في يده من الدر والنسل كالقبوض بالهبة الفاسدة والشاة مضمونة عليه بالعارية الفاسدة ولو قال أبحث لك درها ونسلها فهو كما لو قال ملكتك على أحد الوجهين (والثاني) أنها إباحة صحيحة والشاة عارية صحيحة وهذا ما أورده صاحب التتمة وعلى هذا فقد تكون العارية لاستيفاء عين وليس من شرطها أن يكون المقصود مجرد المنفعة بخلاف الإجارة ولو قال ملكتك لك درها وأبحث لك على أن تعلفها قال في التهذيب العلف أجره وثمن الدر والنسل والشاة غير مضمونة لأنها مقبوضة بإجارة فاسدة

المصوص في أكثر الكتب لا يجوز الخبر لظاهر (قلت) قوله إنه المصوص في أكثر الكتب يعني كتب الشافعي وقد رأيت ذلك منصوصاً في الام^(١) من بيع الآجال قال الشافعي رحمه الله سواء كان يؤكل لحمه أولاً يؤكل وقال الرافعي أحدهما عند الفقهاء المنع لظاهر الخبر وقال في الشرح الصغير ربح منهما المنع إشارة إلى ترجيح الفقهاء وهو الذي جزم به الصيمري في شرح الكفاية والقول الثاني مذهب مالك وأحمد وقال ابن أبي عصرون في الانتصار والجرجاني في الشافعي أنه أصح القولين أعني الصحة وجزم به في غيره من كتبه قل الشافعي رضي الله عنه في البويطي في باب حبل الحبلة ولا بأس من أن يباع مالا يؤكل لحمه من الأحياء باللحم الموضوع ثم قال فيه أيضاً وقد قيل ولا يباع لحم بحبوان مما يؤكل ومالا يؤكل دليل ترجيحه وبين القولين ما ذكره المصنف والظاهر أن مراده به الخبر الذي قدمته وفي الاستدلال به لذلك نظر لأن المتقدم خبر سعيد المرسل على أثر أبي بكر وتقدم أن الشافعي لا يحتج بالمرسل وإنما احتج بذلك لاعتضاده بالأثر والذي عضده الأثر فيه إنما هو في بيع العناق بلحم الجزور وهما مما يؤكل لهما فتبقى دلالة المرسل على غير المأكول مجردة عما يعضدها ولا بعد في أن يتمسك بدليل في بعض مدلوله تعاضد مثل ذلك في حديث عروة البارقي وشرائه الشاتين بدينار وبيعه إحداها بدينار وعمل به في الحكم الموافق للقياس دون الخاف له لما كان مرسلًا كما بين ذلك في

(١) يياض
بالاصل غرر

والبر والنسل مضمون عليه بالشراء الفاسد وكذلك لو دفع قرصة إلى سقاء وأخذ الكوز ليشرب فسقط من يده وانكسر ضمن الماء لأنه مأخوذ بالشراء الفاسد ولم يضمن الكوز لأنه في يده باجارة فاسدة فإن أخذه مجاناً فالكوز عارية والماء كالقبوض بالهبة الفاسدة (الثاني) قال في التتمة تعيين المستعار ليس بشرط عند الاستعارة حتى لو قال أعزني دابتك فقال المالك ادخل الاسطبل وخذ ما أردت صحت العارية بخلاف الاجارة تصان عن مثلها لأن الغرر لا يحتمل في المعاوضة *

قال في الرابع صيغة الاعارة وهو كل لفظ يدل على الاذن في الانتفاع * ويكفي القبول بالفعل * ولو قال أعزتك حماري لتعير لي فرسك فهو اجارة فاسدة غير صحيحة ولا مضمونة * ولو قال اغسل هذا الثوب فهو استعارة لبدنه * وان كان الغاسل من يعمل بالاجرة اعتياداً استحق الاجرة *

في الباب ما يدل على الاذن في الانتفاع لقوله أعزتك أو خذه لتنتفع به وما أشبه ثم ظاهر لفظ الكتاب أنه يعتبر اللفظ من جهة المعير وأنه لا يعتبر من جهة المستعير وإنما يعتبر منه القبول أما باللفظ وأما بالفعل كما في الضيف وقد صرح بهذا في الوسيط وقال صاحب التهذيب وغيره المعير في الاعارة اللفظ من أحد الطرفين والفعل من الآخر حتى لو قال المستعير أعزني فسلمه المالك إليه صحت الاعارة وكان كما لو قال خذه لتنتفع به فأخذه تشبيهاً للاعارة باباحة الطعام وذكر أبو سعيد المتولي أن اللفظ

موضعه الا أنا نقول ان الاعتضاد وان امتنع بالآثر فهو حاصل بأمور أخرى (منها) قول أكثر أهل العلم وانتشاره في الناس من غير دافع والقياس الذي تقدم في كلام الأصحاب فلهذا يصح التمسك بالخبر علي ما تمهد أولا وان ورد عليه ما ذكرته هناك فهو وارد على الاعتضاد بالأكثر ولا يمكن التمسك في ذلك بحديث سمرة ولو ثبت اتصاله وصحته لأنه إنما ورد في بيع الشاة باللحم والشاة ما كولة فليس في لفظه عموم يدخل تحته الحيوان غير المأكول وقد يقال ان أثر أبي بكر عضده في منع بيعه بالمأكول وإن كان من غير جنسه والمعني الذي قد يتخيل في ذلك من جهة الربا مندفع باختلاف الجنس ولم يظهر معني آخر يعلل به فكان التمسك بعموم الخبر أولى وقال الشيخ أبو حامد يكون المعني في ذلك أنه حي بميت وعلى هذا المعني أيضا يتعدى إلى غير المأكول لكن لا يظهر لهذا الوصف معني مخيل وقال الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البند نيجي ان الأقيس الجواز والمنع جزم ابن سراق في العلتين وبما يتبع حمله وقال الماوردي إن القول الأول قال به من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع السنة (والثاني) قال به من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع القياس (واعلم) أن تقدير هذا الأصل الذي أشار إليه الماوردي من المهمات فعليه تبني هذه المسألة وغيرها وبنى القاضي حسين على هذا الأصل الذي ذكره الماوردي الخلاف في بيع الشاة بلحم البقر اذا قلنا انها أجناس مختلفة وقد حكى الماوردي فيه طريقتين لأصحابنا ولا ينبغي أن يفهم من قولنا الأصل فيها اتباع القياس أن لا دليل في المسألة غير القياس بل المراد أن الحكم المذكور هل هو معقول المعني والخبر

لا يعتبر في أحد من الطرفين حتى لو رآه عاريا فاعطاه قيصا فلبسه تمت العارية وكذلك لو فرش لضيفه فراشا أو بساطا أو معلى أو القى له وسادة فجلس عليها كان ذلك اعارة بخلاف ما لو دخل مجلسا على البسط المفروشة لأنه لم يقصد بها انتفاع شخص معين ولا بد في العارية من تعيين الشخص المستعير وهذا الذي ذكره يشبه تمام الشبه بالضيافة ويوافقه ما ذكره عن الشيخ أبي عاصم انه اذا انتفع بظرف الهدية المبعوثة اليه حيث جرت العادة باستعمالها كل الطعام من القصعة فيها كان عارية لانه منتفع بمالك الغير باذنه والاشهر الراوية الوسطى ولو أعلم قوله في الكتاب وصيغة الاعارة - بالواو - لما ذكره في التهمة لكان صحيحا ثم في الفصل مسألتان (الأولى) اذا قال أعرتك حمارى لتعيرني فرسك فهو اجارة فاسدة على كل واحد منهما أجرة مثل دابة الآخر وكذلك الحكم اذا اعاره شيئا بعوض مجهول كما لو أعار دابته ليعلفها أو داره ليطين سطحها وكذلك لو كان العوض معلوما ولكن مدة الاعارة مجهولة كما لو قال أعرتك بعشر دراهم أو لتعيرني ثوبك شهرا وفيه وجه أنه عارية فاسدة نظرا الى اللفظ فعلى هذا تكون مضمونة عليه وعلى الاول لا ضمان ولو بين مدة الاعارة وذكر عوضا معلوما فقال أعرتك هذه الدار شهرا واليوم بعشرة دراهم لتعيرني ثوبك شهرا من اليوم فهي اجارة

فيه على وفق القياس أو هو تعبد يستند فيه الى اتباع السنة فقط من غير ملاحظة معني ومن فروع ذلك أنا إن جعلناه تعبدًا امتنع قياس غيره عليه والا جاز ولا بد منها من ملاحظة أصل آخر وهو أن النص العام إذا استنبط منه معني يخصه هل يجوز أن الخبر عام في المأكول وغيره والمعني المستنبط وهو ملاحظة الربا يقتضي تخصيصه بالمأكول وقد اشتهر في ذلك خلاف في المذهب وله نظائر (منها) لمس ذوات المحارم داخل في عموم الآية والمعني يقتضي إخراجها وسأذكر ذلك في آخر الكلام إن شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ لا يباع مالا يؤكل لحمه بالبشارة المذبوحة والطير المذبوح لأنه في حكم الغائب نص عليه في البويطى ولا اختصاص له بذلك صرح الأصحاب بأنه لا يجوز بيع اللحم في الجلد مطلقاً قبل السانخ ولا الجلد أيضاً ولو باع اللحم مع الجلد قال القاضى حسين في باب بيع الثمار الصحيح أنه لا يجوز قال وبيع الأكارع يجوز لأن المقاطع معلومة وبيع رأسها ان كان متديلاً بجلدة رقيقة جاز وان كان هناك لحم كثير لم يجوز لأن المقاطع غير معلومة *

﴿ فرع ﴾ بيع السمك الحى بالسمك الحى هل يجوز أم لا (ان قلنا) يحل ابتلاع السمك حياً في حال صغره فلا يجوز (وان قلنا) لا يحل فيجوز كما يجوز بيع الغنم بالغنم قاله يعقوب بن عبد الرحمن ابن أبى عصرون في مجموعه *

﴿ فرع ﴾ على القول الأول لا يجوز بيع لحم يغسل والا بجوار ولا بعبد لافرق في ذلك بين العبد والبهيمة قاله أبو حامد وأبو الطيب والصيمرى وغيرهم *

محيحة مضمونة أو اعارة فاسدة فيه وجهان مبنيان على ان النظر الى اللفظ او المعني ولو دفع دراهم الى رجل وقال اجلس فى هذا الخانوت واتجر عليها بنفسك أو دفع اليه بذرا وقال ازرع به هذه الارض فهو معير الخانوت والارض واما الدراهم والبذر فتكون هبة او قرضا فيه وجهان (الثانية) لو قال لقصار اغسل هذا الثوب أو لخياط خطه مجاً ففعل فلا أجرة له ولو قال اغسله أو خيطه وأنا أعطيك حثك أو أجرتك ستحق أجرة المثل وهذا اجارة فاسدة ولو اقتصر على قوله اغسله أو خيطه ففيه أوجه نذكر بعض تلك الأوجه واعرف فى هذا المقام سببين (أحدهما) أن قوله فهو استعارة أراد به استعارة بدنه لذلك العمل ولا يعد فى إطلاق الاستعارة والاعارة فى منافع الحر كالأجارة (والثاني) أن حاصل جوابه فى المسألة أنه إن كان ممن يعتاد ذلك بالأجرة استحق الأجرة والا فلا وهذا أحد الوجوه المشار اليها لمكن ظاهر المذهب غيره على ما سيأتى *

﴿ فرع ﴾ لو باع شحم النعم بمحوت حي لم يحز قاله الصيمري وهو يوافق ما تقدم أن بيع اللحم بالحوث الحى لا يجوز وعند ابن أبى هريرة أن الشحم كاللحم على الأصح *

﴿ فرع ﴾ فى بيع الشحم والآلية والطحال والقلب والسكبد والرئة بالحيوان وبيع السنام بالابل وجهان حكاهما الماوردى والرافعى (أحدهما) يجوز لأن النهى فى بيع اللحم بالحيوان (وأصحهما) عند الرافعى المنع لأنه فى معناه هكذا قال الرافعى وجزم صاحب التهذيب بالمنع فى السنام والآلية ولم يذكر غيرهما قال الماوردى وهما مخرجان من القولين فى أن أصل المسألة اتباع السنة أو القياس فى الأول يجوز وعلى الثانى لا يجوز لأن الشحم وجميع هذه الأشياء فى الحيوان وعلى هذا الأصل الذى قاله الماوردى ينبغى أن يكون الصحيح جواز بيع هذه الأشياء بالحيوان لأن الصحيح فى المسألة اتباع السنة فلذلك كان الأصح منع بيع اللحم بالحيوان غير المأكول فالجمع بين تصحيح المنع فى غير المأكول والمنع فى هذه الأشياء متضاد (قلت) تصحيح امتناع بيع اللحم بغير المأكول لا يدل على كون الصحيح من المدركين التعبد بل نقول ان الحكم معقول المعنى ولكن فرق بين الحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص و بين إخراج بعض المنصوص عليه فان الأول قياس محض يعتبر فيه وجود شرائط القياس لا غير (وأما الثانى) فهو تخصيص العموم بالقياس وقد تجد معنى مخيلاً يمكن إحالة الحكم عليه والقياس به لا ينض فى القوة إلى حيث يخص به العموم فان دلالة العموم على أفرادها

قال ﴿ أما أحكامها فاربعة (الاول الضمان) والعارية مضمونة الرد والعين بقيمتها (ح) يوم التلف * وقيل بأقصى القيم من يوم القبض الى يوم التلف كالغصب * وما ينمحق من أجزائها بالاستعمال غير مضمون * والمستعير من المستأجر هل يضمن فيه خلاف * والمستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان اذا تلف تحت يده * ولو طولب بأجرة المنفعة فما تلف تحت يده فلا خلاف فى قرار ضمانه على المعير * وما تلف باستيفائه فقولان لأنه مغرور فيه ﴾ *

من أحكام العارية الضمان والكلام فى ضمان الرد والعين والاجزاء أما ضمان الرد فعناه أن مؤنة الرد على المستعير وقوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(١) وأيضاً فان الاعارة نوع بر ومعروف فلو لم تجعل مؤنة الرد على المستعير لامتنع الناس من الاعارة (وأما) ضمان العين فانها اذا تلفت فى يد المستعير ضمنها سواء تلفت بأفة سماوية أو بفلة بتقصير أو من غير تقصير وبه قال أحمد

(١) ﴿ حدث ﴾ على اليد ما أخذت حتى تؤديه . أحمد والسائى وان ما حقه والحاكم من حديث الحسن عن سمرة ورواه أبو داود والنسائى بلعظ حتى تؤدى والحسن يلم فى سماعه من سمرة وروا فيه أكثرهم ثم نسي الحسن فقال هو أمينك لا ضمان عليه *

ظاهرة قوية لاتزال بما هو أقوى منها بخلاف اثبات الحكم في محل مسكوت عنه لامعارض للمعنى فيه فيتبع اللحم بغير المأكول تعارضاً فيه طهر العموم والمعنى المستنبط فتمسكنا بظاهر * وبيع الشحم ونحوه بالحيوان وجد فيه المعنى بدون معارض لذلك اعلم المعنى فيه وليس تنصيص الشارع على اللحم نافياً لغيره لأن تعلق الحكم بالاسم لا يدل على نفيه عما عداه وقال وعلي هذا الخلاف بيع الجلد بالحيوان لم يكن مدبوغاً وان كان مدبوغاً فلا منع وجزم الماوردي بجواز بيع اللحم بالجلد وأطلق وحكاه الروياني عنه لأنه لا ربا في الجلد ثم قال الروياني وقيل في غير المذبوح وجهان وقال غير الحاوي إنه يجوز بيعه بالعظم أيضاً وجهاً واحداً وقال القاضي حسين ان باع جلد المذبوح من الشاة أو الوبر منه بالشاة ان راعينا الخبر يجوز وان راعينا المعنى فوجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه مال ربا (والثاني) يجوز لأنه ليس بمأكول بدليل أنه يباح أكله (قلت) هذا كلام عجيب (وقوله) بدليل أنه يباح أكله أعجب (وقوله) في الوبر أعجب فان الجلد ان أمكن تمشية كونه ربوياً ففرضه في جلد يؤكل والوبر كيف يمكن تمشية ذلك فيه وقد تقدم اعتراض النووي على الرافعي واعتذر اى عنه وذلك العذر لا يأتي ههنا والله أعلم * قال القاضي فاما إذا باع جلد المذكاة بالشاة ان راعينا الخبر يجوز وان راعينا المعنى فوجهان قال وههنا أولى بأن

وقال أبو حنيفة لا يضمن الا اذا تعدى فيها وعن رواية الشيخ أبي علي ان للشافعي رضى الله عنه قولاً مثله في الامالى ووجه ظاهر المذهب الخبر المذكور في صدر هذا الباب وأيضاً فانه مال يجب رده الى مالكه فتجب قيمته عند التلف كالمأخوذ على سبيل السوم وايضاً فان المستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان ولو كانت العارية امانة لما استقر كالمودع من الغاصب وذهب مالك الى ان العارية مضمونة الا ان تكون حيواناً فهو امانة ولو اعار بشرط ان تكون امانة لى الشرط وكانت مضمونة واذا وجب الضمان فاي قيمة تجب فيه ثلاثة اوجه وسماها الزجاجي أقوالاً وكذلك فعل في الوسيط (أحدها) أقصى القيم من يوم القبض الى التلف لأنه لو تلف في حالة زيادة القيمة لوجب القيمة الزائدة فاشبهه بالمغصوب (والثاني) قيمة يوم القبض تشبيهاً بالقرض يومئذ (والثالث) وهو الاصح قيمة يوم التلف لأن ايجاب أقصى القيم بمثابة ضمان الأجزاء النالفة بالاستعمال وهى غير مضمونة على الصحيح كما سيأتى ومن قال بالاول منع كون تلك الاجزاء غير مضمونة بالاستعمال على الاطلاق وقال انما لا يضمن اذا رد العين وينبنى على هذا الخلاف ان العارية اذا ولدت في يد المستعير هل يكون الولد مضموناً في يده ان قلنا ان العارية مضمونة ضمان الغصب كان مضموناً عليه والا فلا وليس له استعماله بلا خلاف والخلاف المذكور في العارية انها كيف تضمن جار في المأخوذ على سبيل السوم الا ان الأصح هناك على ما ذكره في النهاية ان الاعتبار بقيمة يوم القبض لان تصمين أجزائه غير ممتنع وقال غيره الاصح فيه كهو في العارية وهذا كله فيما اذا تلفت العين لا بالاستعمال اما اذا تلفت بالاستعمال بأن أمحق الثوب

لا يجوز بعد ذلك رأيت هذا الذي قلته في تعليق القاضى حسين قال إن راعينا الخبر لم يجوز وإن راعينا
 المعنى (فإن قلنا) السمك يسمى لحماً وأنه مع لحوم البرية صنف لم يجوز والا جاز *
 ﴿ فرع ﴾ قال الرويانى انه لو اشترى الحيوان بالرأس والسكرع لم يجوز بحال قاله الرويانى وهو
 مشكل لأنه إذا كانت الرأس والسكرع من غير جنس اللحم كان بيعها بالحيوان كبيع الشحم بالحيوان
 وسائر الأجزاء المتقدمة وقد يحكى هو وغيره فيها وجهين فما وجه الجزم فى الرأس والسكرع إلا أن
 تقول ان فيها لحماً فإنه يؤيد ما قدمته من البحث هنا فليراجع * ولو باع الألية بالمز قال القاضى حسين
 ان راعينا الخبر الصحيح أنه يجوز وإن راعينا المعنى فهو مثله وفيه وجه آخر لا يجوز (إذا قلنا) الألية مع
 اللحم جنس واحد وإن باع الألية بالضأن إن راعينا الخبر فالصحيح أنه يجوز وإن راعينا المعنى لا يجوز
 قاله القاضى حسين وإن باع الألية بالألية واللحم فيصير من قاعدة مدعوجة قاله القاضى حسين ﴿ قاعدة ﴾
 وهي التي وعدت بذكرها في آخر الكلام قال الامام الذي يجب التنبيه له في مضمون هذا الباب
 وأمثاله أن من الأصول ما يستند إلى الخبر أو إلى ظاهر القرآن ولكن القياس يتطرق إليه من طريقة
 الشريعة فلا يمنع التصرف في ظاهر القرآن والسنة بالقيسة الجلية إذا كان التنزيل متسعاً لا ينبو

باللبس فوجهان (أصحهما) أنه لا يجب ضمانها كالأجزاء (والثاني) يجب لأن حق العارية أن ترد فإذا تعذر
 الرد لم الضمان وعلى هذا فما الذى يضمن فيه وجهان (أحدهما) وهو المذكور فى النهاية انه يضمن
 العين بجميع أجزائها (وأصحهما) وهو المذكور فى التهذيب انه يضمن فى آخر حالات التقويم وصححه
 فى التتمة (وما) ضمان الاجزاء فماتاف منها بسبب الاستعمال المأذون فيه كأنه حاق الثوب باللبس لا يلزم
 ضمانها لحدوثه عن سبب واذن فيه وفيه وجه ضعيف أنه يلزم لأن العارية مؤداة فإذا تلف بعضها فأت
 رده فيضمن بدله وما تلف منها بعير هذا الدبب ففيه وجهان المذكوران فى التهذيب (أحدهما) انه لا يلزم
 ضمانها أيضاً كما لو تلف بالاستعمال و يكتفى برد الباقي (وأصحهما) اللزوم كما لو تلفت العين كلها وهلاك
 الدابة بسبب الركوب والحمل المعتاد كأنه حاق الثوب وتعييبها به كالأنفاق كذا ذكره الامام وفيما جمع من فتاوى
 القفال انه لو قرح ظهرها بالحمل وتلفت منه يضمن سواء كان متعدياً بما حمل أو لم يكن لانه إنما اذن فى الحمل
 لا فى الجراحة ووردها الى المالك لا يخرجها عن الضمان لأن السراية تولدت من مضمون فصار كما لو قرح دابة
 الغير فى يده وهذا فى الجمل الذى هو غير متعد به جواباً على وجوب الضمان فى صورة تفسير الانحاق
 والله أعلم * وجميع ما ذكرنا فيما اذا استعار من المالك ووراء صورتان (أحدهما) اذا استعار من
 المستأجر أو الموصى له بالمنفعة فاحد الوجهين انه يضمن كما لو استعار من المالك (وأصحهما) أنه
 لا يضمن لأن المستأجر لا يضمن وهو نائب المستأجر الا ترى أنه اذا اقضت مدة الاجارة ارتفعت

نظر المنصف عنه والشرط في ذلك أن يكون صدر القياس من غير الأصل الذي فيه وأورد الظاهر
فان لم يتجه قياس من غير مورد الظاهر لم يجوز إزالة الظاهر بمعنى يستنبط منه يضمن تخصيصه وقصره
على بعض المسميات فأما ما لا يتطرق اليه معنى مستمر صائر إلى السير فالأصل فيه التعاقب بالظاهر وينزل
منزلة الوصف ولكن قد يلوح مع هذا مقصود الشارع بجهة من الجهات فيتين النظر اليه وهذا له
أمثلة (منها) آية الملامسة ترد ونص الشافعي في لمس المحارم من جهة أن التعليل لاجر يان له في الاحداث
الناقضة وما لا يجري القياس في إثباته فلا يكاد يجري في نفيه فمال الشافعي رضى الله عنه إلى اتباع
اسم النساء وأصح قوله أن الطهارة لا تنتقض لان ذكر الملامسة المضافة إلى النساء مع سياق الاحداث
يشعر بلمس اللواتي يقصدن باللمس فان لم يتجه معنى صحيح دلت القرينة على التخصيص ومن هذا
القبيل قوله عليه السلام «ليس للقاتل من الميراث شيء» فالحرمان لأسبيل فيه إلى التعليل كما ذكرنا في الخلاف
واذا نسند مسلك التعليل اقتضى الحال التعلق باللفظ فردد الشافعي نصه في القتل قصاصاً فوجه الحرمان
التعلق بالظاهر مع حسم التعليل ووجه التوريث التطلع على مقصود الشارع وليس ينبغي أن مقصوده
مضادة غرض المستعجل والذي نحن فيه من بيع اللحم بالحيوان خارج عن هذا القانون فمن عظم

الاعارة وانه استقرت الأجرة على المستأجر بانتفاع المستعير ومؤنة الرد في هذه الاستعارة على المستعير إن
رد على المستأجر وعلى المالك إن رد عليه كما لورد عليه المستأجر (الثانية) اذا استعار المصوب
من الغاصب وتلف في يده غرم المالك قيمته يوم التلف من شاء منهما فان الضمان على المستعير
لان المال حصل في يده بجهة مضمونة وان كانت قيمته يوم التلف أكثر نظراً كانت الزيادة في
يد المعير الغاصب لم يطالب بها غيره وان كانت في يد المستعير (فان قلنا) العارية تضمن ضمان العصب
فهو كقيمة يوم التلف (وان قلنا) لا تضمن ضمان المصوب فغرامة الزيادة كغرامة المنافع واذا طالبه
المالك فغرامة المنافع وغرمها بالمنفعة التي تلفت في يده قرار ضمانها على المعير لأن يد المستعير في المنافع
ليست يد ضمان والتي استوفاه بنفسه فيها قولان ومشروحات في الغصب انظر في احدهما إلى تحرير
المعير اياه وفي الثاني إلى مباشرته الاتلاف وهو الاظهر والمستعير من المستأجر من الغاصب حكمه حكم
المستعير من الغاصب إن ضمن المستعير من المستأجر والا فیر جمع بالقيمة التي غرمها على المستأجر ويرجع
المستأجر على الغاصب *

قال ﴿ والمستعير كل طاب أخذ للمال لغرض نفسه من غير استحقاق ﴾ فلو أركب وكيله
المستعمل في شغل دابته فتلفت فلا ضمان عليه * ولو أركب في الطريق فقيراً تصدق عليه فلا يظهر
أنه لا يضمن ﴿ *

تعلق بقول الشارع ومن فصل تشوف إلى درك مقصوده وهو أن في الحيوان لحماً ومن تمسك بظاهر اللفظ نقل ترتب كلامه فيقرب بعض المراتب ويبعد بعضها فالقتل قصاصاً أقرب قليلاً والقتل حداً سيما إذا ثبت باقرار من عليه الحد بعيد ومن هذا القبيل منع بيع اللحم بالعبد ولو ادعى العلم في أن هذا ليس مراد الشارع لم يكن بعيداً هذا آخر كلام الامام ﴿فائدة﴾ قوله في بعض ألفاظ الحديث لا يباع حي بميت الميت في اللغة من فارقت الحياة فيشمل المذبوح وفي الشرع من مات حتف أنفه ولكنه لما قول بالحي تعين أن المراد به المعنى الأول وأيضاً فإن الميت لا يباع بحي ولا بغيره والله تعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ويجوز بيع اللحم بجنسه إذا تنهى جفافه ونزع منه العظم لانه يدخر على هذه الصفة فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر وهل يجوز بيع بعضه ببعض قبل نزع العظم فيه وجهان قال أبو سعيد الاصطخري يجوز كما يجوز بيع التمر بالتمر وفيه النوى ومن أصحابنا من قال لا يجوز كما لا يجوز بيع العسل الذي فيه شمع بعضه ببعض ويخالف النوى في التمر فإن فيه مصلحة له وليس في ترك العظم في اللحم مصلحة له ﴾ *

ذكر حد المستعير لينى عليه مسائل فقال والمستعير كل طالب اخذ المال لغرض تنسه من غير استحقاق وزاد بعضهم فقال من غير استحقاق وتملك وقصد بهذه الزيادة الاحتراز عن المستقرض (وأما) نفي الاستحقاق والقصد منه الاحتراز عن المستأجر والحد مع هذه الزيادة ودونها معترض من وجهين (أحدهما) أنه منقوض بالمستام من الغاصب (والثاني) أن التعرض لكونه طالباً غير محتاج اليه اذ لافرق بين أن يلتبس المستعير حتي يعير وبين أن يبتدى "المعير بالاعارة (وأما) المسائل المشار اليها (فمنها) أنه لو أركب وكيله الذي استعمله في أشغاله دابته وسيره الى موضع فتلفت الدابة في يده من غير تعد فلا ضمان عليه لانه لم يأخذها لعرض نفسه وكذلك لو سلمها الى رائض ليروضها أو كان عليها متاع نفيس فأركب انساناً فوقه احترازاً للمال (ومنها) لو وجد من أعين في الطريق فأركبه فالشهور أنه يضمن سواء التمس المعير أو ابتداء المراكب وقال الامام انه لا يضمن لأن القصد من هذه العارية التصديق والقربة والصدقات في الاعيان تفارق الهبات ألا ترى أنه يرجع في الهبة ولا يرجع في الصدقة وكذلك يجوز أن تفارق العارية التي هي صدقة سائر العواري في الضمان وأقام صاحب الكتاب هذا وجهاً وحكم بأنه أظهر * ولو أركبه مع نفسه فعلي الرديف نصف الضمان ورأى الامام أنه لا يلزمه شيء تشبيهاً بالضيف وعلى الاول لو وضع متاعه على دابة غيره وأمره أن يسير الدابة ففعل كان صاحب المتاع مستعيراً للدابة بقسط متاعه مما عليها حتي لو كان عليها مثل متاعه وتلف ضمن

﴿ الشرح ﴾ تقدم الكلام في أنه لا يجوز بيع اللحم الطرى بالطرى وشرع المصنف الآن يذكر حكمه إذا جف وجواز بيعه جافاً واشترط التناهي في الجفاف متفق عليه بين الشافعي والأصحاب وفسر الشافعي رحمه الله في الام انتهاء جفافه بأن يملح ويسيل ماؤه قال فذلك انتهاء جفوفه فإذا انتهى بيع رطل رطل وزناً بوزن يداً بيده من صنف وقد تقدم شيء من كلام الشافعي هذا وجواز بيع بعضه ببعض إذا نزع منه العظم لاختلاف فيه بين الأصحاب وممن نفي الخلاف فيه أبو الطيب والرويانى وفرقوا بينه وبين التمر إذا نزع منه النوى حيث لا يجوز على أحد الوجهين بأن التمر إذا نزع منه النوى يتجافى في المسكيال فلا يمكن اعتبار التماثل فيه بخلاف اللحم فان اعتبار التماثل فيه إذا نزع منه العظم يكون أمكن وبأن بقاء النوى في التمر من مصلحته وبقاء العظم في اللحم مفسد لانه يتغير بما في العظم من المخ فلا يصل اليه الملح ثم ان كثيراً من الاصحاب أطلقوا الجواز في ذلك واستثنى القاضى حسين والرافعى من ذلك أن يكون في اللحمين أو أحدهما من الملح ما يظهر في الوقت فانه يمنع من بيع بعضه ببعض قال القاضى حسين ان كانا مالحين بالمح بأن ينثر عليهما الملح أو شيء من السكر أو غيره فانه لا يجوز ان صب عليه ماء الملح في حينئذ يجوز * أما بيع بعضه ببعض غير منزوع العظم فالوجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والحاملى والماوردى وابن الصباغ

نصف الدابة ولو لم يقل صاحب المتاع سيرها ولكن سيرها المالك لم يكن صاحب المتاع مستعيراً ودخل المتاع في ضمان صاحب الدابة لانه كان من حقه أن يطرحها وان كان لاحد الرفيقين في السفر متاع وللآخر دابة فقال صاحب المتاع للآخر احمل متاعى على دابتك فاجابه فصاحب المتاع مستعيرها ولو قال صاحب الدابة اعطني متاعك لاضعه على الدابة فهو مستودع متاعه ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع أورده في التهذيب *

﴿ فرع ﴾ لو استعار دابة ليركبها إلى موضع فجأزه فهو متعد من وقت المجاوزة وعليه أجرة المثل ذهاباً ورجوعاً الى ذلك الموضع وفي لزوم الاجرة من ذلك الموضع إلى أن يرجع إلى البلد الذى استعار منه وجهان (وجه المنع) أنه مأذون فيه من جهة المالك (ووجه) اللزوم ان ذلك قد انقطع بالمجاوزة وعلى هذا فليس له الركوب من ذلك الموضع بل يسلمه إلى حاكم الموضع الذى استعار اليه *

﴿ فرع ﴾ أودعه ثوباً وقال ان شئت تلبسه فالبسه فهو قبل اللبس وديعة وبعده عارية وعن صاحب التقریب تخريج وجه آخر من السوم لأنه مقبوض على توقع عقد ضمان فال ولو قيل لاضمان في السوم أيضاً تخريجاً مما نحن فيه لم يبعد *

والقاضي حسين والفوراني ونصر المقدسي وآخرون كما حكاهما المصنف وعزا القاضي أبو الطيب المنع إلى أبي اسحق المروزي مع نقله الجواز عن الاصطخري وزعم الروياني أن القاضي الطبري نسب الجواز إلى أكثر الأصحاب ولم أجد ذلك في تعليقه فليحمل ذلك على الوهم لأن أكثر الأصحاب على خلافه والله أعلم * والتوجيه المذكور في الكتاب قال القاضي حسين بل بقاء العظم يزيد فساداً (والاصح) أنه لا يجوز ومن صرح بتصحيحه الماوردي في الحاوي ونصر المقدسي والروياني وقالوا إنه المذهب والرافعي وقال إنه الأظهر عند أكثرين وقال الامام ان اليه مثل الأكثرين وخالف صاحب التهذيب فقال ان الأصح أنه يجوز علي خلاف ما قال أبو اسحق ولا يرد على صاحب التهذيب جزم بأنه لا يجوز بيع التمر المنزوع بغير المنزوع ولا بمثله لأن له أن يقول ان المنع هناك لخروجه بالنزع عن حالة الكمال واللحم المقدد كامل سواء نزع منه العظم أم لم ينزع ومن وافق صاحب التهذيب علي تصحيح الجواز في ذلك الجرجاني في الشافعي وقاسه على بيع التمر مع النوى وقد فرق بأن بقاء النوى من مصلحة التمر وليس بقاء العظم من مصلحة اللحم كذلك وهذا إنما جره القول بالجواز (وأما) بيع الجاف بالطرى فقد تقدم أنه لا يجوز *

﴿ فرع ﴾ استعار صندوقاً فوجد فيه دراهم فبى أمانة عنده كما لو طير الريح الثوب في داره * قال ﴿ الحكم الثاني التسلط على الانتفاع وهو بقدر التسليط فان أذن له في زراعة الخنطة لم يزرع ماضره فوقها وزرع ماضره مثلها أو دونها إلا إذا نهاه * ولو أذن في الغراس فبني أوفى البناء فغرس فوجهان لاختلاف جنس الضرر * ولو أعار الأرض ولم يعين فسدت العارية فان عين جنس الزراعة كفاه *

من أحكام العارية تسلط المستعير على الانتفاع بحسب اذن المعبّر وتسليطه وفيه مسائل (الأولى) إذا أعار أرضاً للزراعة فاما ان يبين ما يزرعه أو يطلق كما إذا قال أعرتكها للزراعة الخنطة نظر ان لم ينه عن زراعة غيرها فله أن يزرع الخنطة وماضره مثل ضرر الخنطة أو دونه وليس له أن يزرع ماضره فوق ضرره كالذرة والقطن فان نهاه عن زراعة غيرها لم يكن له زراعة غيرها وحيث زرع ما ليس له أن يزرعه فلصاحب الأرض قلعها مجازاً وان أطلق ذكر الزراعة ولم يبين المزروع فوجهان (أصحها) وهو المذكور في الكتاب ان الاعارة صحيحة وله أن يزرع ماشاء لاطلاق اللفظ (والثاني) أنها لا تصح للفتاوت الطاهر بين أنواع المزروع ولو قيل تصح الاعارة ولا يزرع إلا أقل الاوواع ضرراً لكان مذهباً (الثانية) إذا أعار للزراعة لم يكن له البناء ولا العراس لان ضررها أكثر والقصد منهما الدوام ولو أعار للغراس هل له أن يبني أو للبناء هل له أن يغرس فيه وجهان (أحدهما) نعم

﴿ فرع ﴾ اذا قلنا بالجواز اذا لم يكن منزوع العظم قال الرافعي فيجوز بيع الفخذ بالجنب ولا نظر الى تفاوت أقدار العظام كتفاوت النوى وقال الامام يجب ان يمتنع بيع العضو الذي يجيء منه مقدار صالح من اللحم بعضو لم يقطع من لحمه شيء فان العظم الباقي في العضو لا يحتمل فان قل المقدار المقطوع بحيث لا يبالى به فلا بأس وجزم صاحب التهذيب بأنه لو استخرج العظم من أحدهما ثم بيع بما فيه العظم لا يجوز * ﴿ فرع ﴾ ما ذكره من بيع اللحم باللحم شرطه أن لا يكون عليه جلد أما لو كان عليه جلد قال للماوردي ان كان غليظا لا يؤكل معه منع من بيعه باللحم أى لأنه يصير من بيع لحم بلحم مع جهل المائلة وان كان رقيقا يؤكل معه كجلود الحدأ والدجاج فوجهان كالعظم ولحوم الحيتان لا يجوز بيع الصنف الواحد منها بعضه ببعض طريا ولا نديا ولا مملوحا لأن الملح يمنع المائلة ولكن يباع بعضه ببعض اذا بلغ غاية ييسه غير مملوح فاما اذا اختلف جنسها فيجوز طريا ويابساً ومملوحاً * ﴿ فرع ﴾ قال الروياني وكذلك لا يجوز بيع الحوت بعضه ببعض طريا ولا نديا ولا مملوحاً ولا يمكن يجوز اذا بلغ غاية ييسه غير مملح * ﴿ فرع ﴾ لو ضم عظام من عضو آخر الى لحم وباعه بلحم آخر فيه عظم اولا عظم فيه لا يجوز بلا خلاف قاله الروياني في البحر كما لو ضم النوى الى تمر وباع بتمر لا يجوز *

لتقارب ضررها فان كلا منهما للأبد (وأصحها) لا لاختلاف جنس الضرر فان ضرر الغراس في باطن الأرض أكثر لا لتشار عروقه وضرر البناء في ظاهرها أكثر (الثالثة) ان كان المستعار لا ينتفع به إلا بجهة واحدة كالبساط الذي لا يصلح الا أن يفرش فلا حاجة في اعارته إلى التعرض للانتفاع وان كان ينتفع به بجهتين فصاعدا كالارض تصلح للزراعة والبناء والغراس والدابة تصلح للحمل والركوب فهل تصح اعارته مطلقاً أم لابد من التعرض لجهة الانتفاع فيه وجهان (أحدهما) وهو الذي أورده الروياني وصاحب التهذيب انها تصح ولا يضر ما فيها من الجهالة بخلاف الاجارة يشترط فيها التعيين لانه يحتمل في العارية ما لا يحتمل في الاجارة (وأظهرهما) عند الامام وهو المذكور في الكتاب انه لا بد من تعيين نوع المنفعة لان الاعارة معونة شرعية جوزت للحاجة فلتكن على حسب الحاجة ولا حاجة الى الاعارة المرسلة وعلى هذا فلو قال اعرتك كذا لتفعل به ما بدالك أو لتنتفع به كيف شئت فوجهان على الوجه الاول للمستعير أن ينتفع به كيف شاء لا لاطلاق الاذن وقال القاضى الروياني ينتفع به على العادة فيه وهذا أحسن *

قال ﴿ الحكم الثالث جواز الرجوع عن العارية ﴾ الا اذا أعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبر الى أن يندرس أثر المدفون * واذا أعار جداراً لوضع الجذوع عليه فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئاً إذ لا أجرة له حتى يطالب به ولا يمكن هدمه والطرف الآخر في خاص ملك الجار *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع البيض الدجاج بدجاجة في جوفها بيض لانه جنس فيه ربا بيع بما فيه مثله فلم يجوز بيع اللحم بالحيوان ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الحكم المذكور جزم به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والرويانى وقلوه عن الأصحاب وقالوا انه لا يجوز قولاً واحداً ومن المعلوم أن ذلك مفرع على القول الجديد وأن الربا يجرى فى البيض وقال الماوردى ان المسألة على قولين مخرجين من اختلاف قوليه فى الحمل هل يكون تبعاً أو يأخذ قسطاً من الثمن لان البيض كالحمل (فان قيل) ان الحمل تبع جاز بيع الدجاجة التى فيها بيض بالبيض (وان قلنا) ان الحمل يأخذ قسطاً من الثمن لم يجوز لأن بيع البيض بالتبع لا يجوز على قوله الجديد وقال الرويانى علل والذى رحمه الله القول الأول بأنه كالمستهلك ما دام فى جوفها وحكى صاحب التتمة أيضاً وجهين لأن النهى ورد عن اللحم بالحيوان وليس هذا داخل فيه قل ويخالف اللبن لأن اللبن

الاصل فى العارية الجواز حتى يجوز للمعير الرجوع متى شاء وللمستعير الرد متى شاء لانه مبرة وتبرع فلا يلدق بها الالتزام فيما يتعلق بالمستقبل ولا فرق بين العارية المطلقة والمؤقتة وعن مالك أنه لا يجوز الرجوع فى المؤقتة واستثنى الأصحاب من الاصل المذكور صورتين (احداها) اذا أعار أرضاً لدفن ميت قال فى النهاية وله سقى الاشجار التى فيها ازال يفض الى ظهور شيء من بدن الميت وله الرجوع قبل الحفر وبعده مالم يوضع فيه الميت قال فى التتمة كذا بعد الوضع مالم يواره التراب وذكر أن مؤنة الحفر اذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن على ولى الميت ولا يلزمه الطم * واعلم أن الدفن فى الأرض احدى منافعها كالبناء والغراس وقد ذكرنا خلافاً فى أن التعرض للمنفعة يشترط فى الاعارة أم اطلاق الاعارة تسليط عليه لما فيه من ضرر اللزوم ولو قدر تسليطه عليه لكان ذلك ذريعة الى الزام عارية الارضين (الثانية) اذا أعار جداراً لوضع الجذوع عليه فى جوز الرجوع وجهان (ان جوزناه) ففائدته طلب الاجرة للمستقبل أو الاختير بينه وبين القاع وضمان أرس النقصان فيه وجهان وكل ذلك بالشرح المذكور فى كتاب الصالح ولذى اجاب به صاحب السكذب هناك جواز الرجوع وأورد تقريباً عليه الوجهين فى فائدة الرجوع (وقوله) ههنا فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئاً حاصله الجواب بمنع الرجوع لان أثر الرجوع اما طلب الاجرة أو الهدم أو ضمان النقصان وقد تفاهما جميعاً فى هذا الموضع وكان ذلك منعا من الرجوع الا ترى انه لما امتنع فى الصورة السابقة طلب الاجرة والنقصان أطلقنا القول بمنع الرجوع اذا كان كذلك جاز اعلام قوله فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئاً - بالواو - وكذلك قوله اذا لأجرة له وقوله ولا يمكن هدمه وقد بين فى الصلح الاصح من الوجهين ماذا وحاول بعض

يمكن حليه في الحال والبيض لا يمكن فلا يقابله بالعوض كالحمل في البطن علي أحد القولين فوافق
 الماوردي فيما ذكره الا في تعبيره عن الخلاف بالوجهين وسوى الرافعي بين بيع البيض بالدجاج وبيع
 اللبن بالشاة وبيع البيض بالدجاج الخالي عن البيض جائز وياض البيض وصفاره جنس واحد
 لا يجوز بيع بعضه ببعض قاله الروياني * وقول المصنف بيع الدجاج تنبيه علي أن البيض جائز وهو الذي
 قاله الصيمري وجعله كالألبن لأنه يفارق بانضج حياً وقد قل الرافعي بيع الطيور أجناساً ان جعلنا اللحوم
 أجناساً وان جعلناها جنساً واحداً فهي أجناس أيضاً في أصح الوجهين وحكي الماوردي أيضاً الخلاف كذلك
 وجزم بأن بيع الطير ليس صنفاً من لحمه وحكي الوجهين في أن بيع السمك هل هو نوع من لحم
 السمك لأنه يؤكل معه حياً وميتاً وقد تقدم ذلك عند الكلام في أن اللحوم جنس أو أجناس * وتقييد
 المصنف بقوله في جوفها بيع يفهم أنه اذا لم يكن في جوفها بيع يجزئ بيعها ببيع الدجاج وهو

من شرح هذا الكتاب الجمع بين كلامه ههنا وبين قوله في الصالح فمها رجع كان له القبض بشرط
 أن يغرم القبض فحمل ما ذكره في الصالح على ما اذا كان طرف الجذوع على المستعار وما ذكره
 ههنا على ما اذا كان أحد الطرفين على خاص ملك المستعير لكن فيه نظر من حيث ان الوجه
 الثاني هنك وهو قوله وقيل فائدة الرجوع المطالبة بالأجرة للمستقبل موجه في الوسيط وغيره
 بأن الطرف الآخر من خاص ملك المستعير فلا يمكن تمكينه من نقضه فلو كان التصوير هناك
 فيما إذا كان الطرفان على ملك المعير انتظم ذلك وبالجملة فالأئمة لم يفرقوا في حكاية الوجهين
 في ثبوت الرجوع والوجهين في فائدة الرجوع اذا أثبتناه بين أن يكون على ملك المعير أحد طرفي
 الجذوع أو كلاهما *

قال ﴿ فان أعار البناء والغراس مطلقاً لم يكن له نقضه مجاناً لانه محترم بل يتخير بين أن
 يبقى بأجرة أو ينقض بأرض أو يتملك ببدل فأياًها أراد أجبر المستعير عليه * فان أبي كلف تفريع
 الملك * فان بادر الى التفريع بالقلع ففي وجوب تسوية الحفر خلاف لانه كالأذن في القلع بأصل
 العارية * ويجوز للمعير دخول الأرض وبيعها قبل التفريع * ولا يجوز للمستعير الدخول بعد
 الرجوع الى المرمة البناء على وجهه * وفي جواز بيعه البناء خلاف لانه معرض للقبض * ولو قال أعزتك
 سنة فاذا مضت قلعت مجاناً فله ذلك * ولو لم يشترط القلع لم يكن له الا التخيير بين الخصال الثلاثة
 كما في العارية المطلقة * واذا أعار للزراعة ورجع قبل الادراك لزمه الابقاء الى الادراك * وله أخذ
 الاجرة من وقت الرجوع * واذا حمل السيل نواة الى أرض فأنبتت فالشجرة ملك النواة * والظاهر
 أن لملك الأرض قلعها مجاناً اذا لا تسليط من جهته ﴾ *

كقولك يبيع الشاة التي لالبن فيها باللبن وكذلك أطلق الرافعي رحمه الله أن يبيع البيض بالدجاجة كبيع اللبن بالشاة فيفهم من جميع تلك التفاصيل من غير حاجة الى إعادة مثالها وكذلك جزم صاحب التهذيب وصاحب التتمة بجواز بيع البيضة بالدجاج الذي ليس في جوفه بيض قال صاحب التهذيب لان البيضة لم تكن حية فارقها وقصد بذلك الفرق بينها وبين اللحم حيث يتمتع ببيع الحيوان •

(فروع) نختتم بها باب الربا الملباج والمبلاج والاماج والسقونيا وسائر الادوية ربوية بلاخلاف على المذهب لانها مطعوم مكمل أو موزون وطعمها لرد الصحة كما أن طعم غيرها لحفظ الصحة وفي التتمة حكاية وجه في السقونيا وكل ما يهلك كثيره ويستعمل قليله والطاين الارني ربوي على الصحيح خلافا لابن كج والخراساني ليس ربويًا خلافاً للشبخ أبي محمد نقله عنه الرافعي وحكم السير افي حكم الخراساني قوله المحامي والطفل المصري ليس بربوي قاله نصر وغيره •

اعارة الارض للبناء والفراس تنقسم الى مطلقة وهي التي لم تبين لها مدة والى مؤقتة وهي التي بين لها مدة (القسم الأول) المطقة للمستعير فيها ان يبني ويفرس ما لم يرجع المعير فاذا رجع لم يكن له البناء والفراس ولو فعل وهو عالم بالرجوع قلع مجاناً وكله تسوية الأرض كلفاصب وان كان جاهلاً فوجهان كلوجهين فيما لو حمل السيل نواة إلى أرض فنبتت ور بما شبهها بالخلاف في تصرف الوكيل جاهلاً بالعزل وأما ما في وغرس قبل الرجوع فإن أمكن رفعه من غير نقصان يدخله رفع والا فينظر إن كان قد شرط عايه ثلعه مجاناً عند رجوعه وتسوية الحفر ألزم ذلك فإن امتنع قلعه المعير مجاناً وان كان قد شرط القاع دون التسوية لم يجب على المستعير التسوية لأن شرط القلع رضا بالحفر وان لم يشترط القلع أصلاً نظر ان أراد المستعير القلع مكن منه لأنه ملكه فله نقله عنه فاذا قلع فهل عليه التسوية فيه وجهان (أحدهما) لا لأن الاعارة مع العلم بان للمستعير أن يقلع رضى بما يحدث من القلع (وأظهرها) نعم لأنه قاع باختياره ولو امتنع منه لم يجبر عليه ويلزمه رد الأرض إلى ما كانت عليه وان لم يختار للمستعير القلع لم يكن للمعير قلعه مجاناً لأنه بناء محترم ولا كنه يغير بين ثلاثة خصال (أحدها) أن يبقيه باجرة يأخذها (والثانية) أن يقلع ويضمن أرش النقصان وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً (الثالثة) أن يتملكه عليه بقيمته فان اختار القلع وبذل أرش النقصان فله ذلك والمستعير يجبر عليه وان اختار احد الخصلتين الأخريين أجب المستعير عليه أيضاً فيما رواه جماعة منهم الامام وأبو الحسين العبادي وصاحب الكتاب وفي التهذيب أنه لا بد فيها من رضى المستعير لأن احدهما بيع والأخرى إجارة ويمكن أن يقرر وجه ثالث فارق بين التملك بالقيمة فيقال إذا اختاره المعير أجب المستعير وهو كتملك الشفع الشقص بهذا وبين الابقاء بالأجرة فيقال إنه لا بد فيه من رضى المستعير واستخرج هذا الفرق

﴿ فرع ﴾ قال القاضي أبو الطيب في الجواب عن اعتراض المالكية وقولهم إن كل شيء له طعم قال أنا لا نعتبر حاله وإنما نعتبر ما يطعم غالباً * والاعتبار في الطعم بما يعد له في حال الاعتدال والرفاهية دون سني الازم والمجاعة قاله في مختصر النهاية *

﴿ فرع ﴾ الربا يجري في دار الحرب جريانه في دار الاسلام وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وعن أبي حنيفة أن الربا في دار الحرب إنما يجري بين المسلمين المهاجرين فاما بين الحربيين وبين مسلمين لم يهاجروا أو أحدهما فلا ربا وقال ان الذين إذا تعاقدوا عقد الربا في دار الاسلام فسسخ عليهما فالاعتبار عنده بالدار وعندنا الاعتبار بالعائد فإذا أربى الذي في بلاد الاسلام مع الذي لم يفسخ كذا قال القفال في شرح التلخيص قال وهكذا سائر البياعات الفاسدة والله أعلم * واحتج أبو حنيفة رضي الله عنه بحديث مكحول أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا ربا بين مسلم وحربي في دار الحرب » وبأن أموال أهل الحرب مباحة للمسلم بغير عقد فالعقد أولى ودليلنا عموم الأدلة المحرمة للربا فلا نكل ما كان حراما في دار الاسلام كان حراما في دار الشرك كسائر الفواحش والمعاصي ولأنه

من قول من يقول من الأصحاب بتخير المعير بين خصلتين القلع وضمان الأرض والتملك بالقيمة وهذا ما ذكره القاضي أبو علي وأكثر العراقيين وغيرهم ويشبه أن يكون هذا أظهر في المذهب والمعني الرجوع اليه في الباب ان العارية مكرومة ومبرة فلا يليق بها منع المعير من الرجوع ولا تضييع مال المستعير فأثبتنا الرجوع على وجه لا يتضرر به المستعير وربطنا الأمر باختيار المعير لأنه الذي صدرت منه هذه المكرومة ولأن ملكه الأرض وهي أصل والبناء والغراس فرع تابع لها وكذلك يتبعها في البيع * فاذا عرفت ما ذكرنا علمت قوله فايها أراد أجبر المستعير عليه - بالواو - (وأما) قوله فان أبي كلف تفرغ الملك فاعلم أن من فوض الأمر الى اختيار المعير في الخصال الثلاثة قل منه الاختيار ومن المستعير الرضى واسعافه بما طلب فان لم يسعفه كلفناه تفرغ أرضه ومن اختار رضى المستعير والتملك بالقيمة والابقاء بالاجرة فلا يكلفه التفرغ بل يكون الحكم عنده كالحكم فيما إذا لم يختار المستعير شيئا مما خيرناه فيه وسيأتي فليكن قوله فان أبي كلف تفرغ الملك معلما - بالواو - أيضا ثم من قصر خيرة المعير على خصلتي القلع بشرط ضمان الأرض والتملك بالقيمة قالوا لو امتنع من بذل الأرض أو القيمة وبذل المستعير الأجرة لم يكن للمعير القلع مجانا وان لم يبذلها فوجهان (أظهرها) أنه ليس له ذلك أيضا وبه أجاب الذين خيروه بين الخصال الثلاثة إذا امتنع منها جميعا وما الذي يفعل قال بعض الأصحاب منهم أبو علي الزجاجي يبيع الحاكم الأرض مع البناء والغراس ليفصل الأمر وقال الأكثرون ويحكي عن المزني إنه يعرض الحاكم عنهما إلى أن يختارا شيئا ويجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستغلال

عقد فاسد فلا تستباح به العقود عليه كالتكاح (قلت) وهذا الاستدلال ان كان أبو حنيفة يوافق على فساد وأما حديث^(١) فرسل ان صح الاسناد الى مكحول ثم هو محتمل لأن يكون نهيًا فيكون المقصود به تحريم الربا بين المسلم والحربي كما بين المسلمين واعتضد هذا الاحتمال بالعمومات وأما استباحة أموالهم اذا دخل اليهم بأمان فمنوعة فكذا بعقد فاسد ولو فرض ارتفاع الأمان لم يصح الاستدلال لأن الحربي اذا دخل دار الاسلام يستباح ماله بغير عقد ولا يستباح بعقد فاسد ثم ليس كل ما استباح بغير عقد استباح بعقد فاسد كالفروج تستباح بالسبي ولا تستباح بالعقد الفاسد * وما استدلو به على أنه لا ربا في دار الحرب ان العباس بن عبد المطلب كان مسلماً قبل فتح مكة فان الحجاج بن غلاط لما قدم مكة عند فتح خيبر واجتمع به في القصة الطويلة المشهورة دل كلام العباس على أنه مسلم حينئذ ثم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم الفتح « وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب » فدخل في ذلك اثرها الذي من بعد اسلامه الى فتح مكة فلو كان الربا الذي بين المسلم والحربي موضوعا

(١) كذا
بالاصل فخر

بالبناء والشجر لانه جالس على ملكه وليس للمستعير دخولها للتفرج بغير اذن المير ويجوز لسقي الاشجار على أصح الوجهين صيانة للملكة عن الضياع ووجه المنع أنه يشغل ملك الغير إلى أن ينتهي إلى ملكه وعلى الاول لو تعطلت المنفعة على صاحب الارض لدخوله قال في التتمة لا يمكن الا بالاجرة ولكل واحد من المير والمستعير بيع ملكه من الآخر وللمير بيع الارض من ثالث ثم يتخير المشتري تخير المير وهل للمستعير بيع البناء من ثالث فيه وجهان (أحدهما) لا لانه في معرض النقص والهدم ولان ملكه عليه غير مستقر لار المير بسبيل من تملكه (وأصحها) نعم لأنه مملوك في الحال ولا اعتبار بمكة تملك الغير كتمكن الشفيع من تملك الشقص وعلى هذا فينزل المشتري منزلة المستعير والمير الأخيرة على ما ذكرنا وللمشتري فسخ البيع ان كان جاهلا بالحال * ولو أن المير والمستعير اتفقا على بيع الارض بما فيها بثمان واحد فقد قيل هو كما لو كان لهذا عبد ولهذا عبد فباعها بثمان واحد (والاظهر) الجواز للحاجة ثم كيف يوزع الثمن ههنا وفيما إذا باعها على أحد الوجهين في التتمة أنه على الوجهين المذكورين فيما اذا غرس الراهن في الارض المرهونة أشجاراً والذي أورده في التهذيب أنه يوزع على الارض مشعولة بالغراس والبناء وعلى ما فيها وحده فخصة الارض للمير وحصة ما فيها للمستعير وحكم الدخول والانقاع والبيع على ما ذكرناه في ابتداء الرجوع الى الاختيار فيما اذا امتنع من الاختيار واعراض التقاضى عنهما على وتيرة واحدة (القسم الثاني) القيدة بمدة فالمستعير البناء والغراس في المدة الا أن يرجع المير وله أن يحدد كل يوم غرساً كذا قاله في التهذيب وبعد مضي المدة ليس له إحداث البناء والغراس واذا رجع المير عن العارية إما قبل مضي المدة أو بعده فالحكم كما لو رجع في القسم

لكان ربا العباس موضوعا يوم أسلم (والجواب) أن العباس كان له ربا في الجاهلية من قبل اسلامه فيكفي حمل اللفظ عليه وليس ثم دليل على أنه بعد اسلامه استمر على الربا ولو سلم استمراره عليه لأنه قد لا يكون عالمًا بتحريره فاراد النبي صلى الله عليه وسلم انشاء هذه القاعدة وتقريرها من يومئذ *

﴿ فرع ﴾ جريان الربا فيما ليس بمقدر من المطعومات على القول الجديد اختاف أصحابنا هل ثبت الربا بعلقة الأصل أو بعلقة الاشتباه فمن متقدمي أصحابنا من قال انما جعل الشافعي فيه الربا بعلقة الاشتباه لأنه قال وانما حرمننا غير ما سمي رسول الله صلى الله عليه وسلم من المأكول المكييل والموزون لانه في معنى ما سمي فجعل في المكييل والموزون الربا بعد الأصل ثم قال بعد هذا وما خرج من المكييل والموزون من المأكول والمشروب فقياسه على ما يؤكل ويكال أولى من قياسه على مالا يكال ولا يؤكل فجعله ملتحقا بالأصل من حيث الشبه وقال آخرون بل بعلقة الأصل وانما قال الشافعي ما احتج به الاولون ترجيحاً للعلقة (قلت) وهذا الذي قاله الآخرون هو الحق وهو مراد الشافعي

الاول ويختص هذا القسم بشيئين (أحدهما) أن فيما قبل منى المدة وجها أنه لا يتمكن من الرجوع كما قدمناه عن مالك (والثاني) أن أبا حنيفة والمزني جوزاه القاع مجانا فاذا رجع بعد المدة ذهبا الى أن فائدة ذهاب المدة القلع بعد مضيتها مضبوطة وتقل أبو على الزجاجي قولاً مثله عن رواية الساجي وهو اختيار القاضي الروائي ووجه ظاهر المذهب أنه مخير ما لم يشترط نقضه فلا ينقض مجانا كما في العارية المطلقة وبيان المدة كما يجوز أن يكون المنع من إحداث البناء والغراس بعدها أو طلب الاجرة (وقوله) في الكتاب بل يتخير بين أن يبقى بأجرة وينقض بأرض أو يملك ببذل المراد من الارش مامر والتفاوت بين قيمته ثابتا ومقلوعا ومن الاجرة أجرة المثل ومن البذل القيمة عند من يقول باختيار المستعير على ما اختاره المغير منها وما يتفقان عليه ومن الاجرة والابدال عند من يعتبر رضى المستعير (وقوله) لانه معرض للنقل يمكن حمله على نقض الملك بأن يملكه المغير وعلى نقض البناء بأن يقامه وهو الذي اراد صاحب الكتاب (وقوله) لم يكن له الا التخيير بين الحصول الثلاثة معل - بالحاء والواو والزاي - وسائر ما يحتاج الى ذكره من الفاظ الكتاب قد اندرج في اثناء الكلام *

﴿ فرع ﴾ قال ابو سعيد المتولى أحد الشرى يكن اذاني أو غرس في الأرض المشتركة باذن صاحبه ثم رجع صاحبه لم يكن له أن ينقض ويغرم ارض النقصان لأنه يتضمن نقض بناء المالك في ملكه ولا أن يملك بالقيمة في الأرض مثل حقه فلا يمكننا ان نقول الأصل للمعير والبناء تابع له نعم له التقرير بالاجرة فان لم يذللها الثاني يباع أو يعرض عنها فيه ماسبق قال الرافعي رحمه الله تعالى في الفصل صورتان اذا أعار أرضا للزراعة فزرعها ثم رجع قبل ادراك الزرع نظر ان كان مما يعتاد

ان شاء الله تعالى ومقصوده بذلك بيان أن المأكل الموزون لا يقاس على الذهب والفضة بـعـلة الوزن بل يقاس على المأكل المكيـل فيكون الوزن ليس بـعـلة وذلك ظاهر لمن تأمله من نصه المذكور في باب الآجال في الصرف وقد صرح في باب بيع الطعام بالطعام بأن في معنى ما جاءت به السنة كل مكـيـل ومشروب بيع عدداً والله أعلم * وهذا القولان حكاهما الماوردي وقال الروياني قال الماسرخسي قال بعض أصحابنا ما رجع الشافعي رضي الله عنه عن علمته في القديم وإنما ألحق المطعومات من المعدودات بها من طريق عليـة الشبه والمسألة على قول واحد فأفاد كلام الروياني أن الأواين يقولون بعدم رجوع الشافعي عن علمته في القديم بل ألحق بها شيئاً آخر والله أعلم * وقد يعتضدون في ذلك بما يقول الشافعي في المختصر عقيب مذهب ابن المسيب وهذا صحيح والظاهر أن ذلك من الجديد لأن المزني لم يذكر في هذا الباب أن فيه شيئاً من القديم وقول ابن المسيب يشترط الكيل والوزن وقال ابن داود في شرح المختصر مجيباً عن ذلك أن الشافعي رضي

قطعه كلف قطعه والا فقد ذكرنا للمعير خصالاً عند رجوعه في البناء والعراس واختلف الأصحاب ههنا فمن صاحب المقريب وجه أن له أن يقلع ويفرم ارش النقصان تخريجاً مما إذا رجع في العارية المؤقتة للبناء قبل مضي المدة وعن الطبري أنه يملكه بالقيمة وظاهر المذهب أنه ليس كالبناء في هاتين الحصلتين لأن للزرع أمداً ينتظر والعراس للتأييد فعلى المعير إبقاؤه للمستعير إلى أوان الحصاد ثم فيه وجهان (أحدهما) ويحكي عن المزني واختاره القاضي الروياني أنه يبقيه بالأجرة لأنه إنما أباح المنفعة إلى وقت الرجوع فصار كما إذا أعاره دابة إلى بلد ثم رجع في الطريق عليه نقل متاعه إلى مأمن بأجرة المثل ولو عين المعير للزراعة مدة فاقصت المدة والزرع غير مدرك نظر أن كانت ذلك لتقصيره في الزراعة بالآخر قلع مجاناً والا فهو كما لو أعاره مطلقاً وإن أعاره للفسيل قل الشيخ أبو محمد أن كان ذلك مما يعتاد ثقله فهو كالزرع والافسكالبناء *

﴿ فرع ﴾ قال في التهذيب إذا أعار للزراعة مطلقاً لم يزرع إلا زرعاً واحداً وكذا لو أعار للفراس ففرس وقلع لا يفرس بعده إلا بأذن من جديد وهذا بين أن المعنى من قولنا فيما إذا أعار للبناء والفراس مطلقاً يبنى ويفرس ما لم يرجع المعير لأن البناء المأذون فيه جائز له ما لم يرجع والمأذون فيه هو البناء مرة واحدة إلا إذا كان قد صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى (الثانية) إذا حمل السيل حبات أو نويات لغيره إلى أرضه فعليه ردها إلى مالكها أن عرفه والا دفعها إلى القاضي فلو نبتت في أرضه فوجهان (أحدهما) أن مالكها لا يجبر على قلعها لأنه لم يوجد منه تعدد وعلى هذا هو كالمستعير فينظر في النابت أهو شجر أم زرع ويكون الحكم على ما سبق (وأصحهما) الإيجاب لأن المالك لم يأذن فيه كما لو انتشرت

الله عنه ما دام يجد زيادة تقريب واجتماع في المعاني بين الاصل والفرع قال بذلك وحيث
عدم السكيل والوزن قال بعله الطعم العام ان وجده فان لم يجده في مثل الادوية وغيرها قال بالطعم
في الجملة على هذا التدريج (قلت) وهذا كلام فاسد ولا يلزم عليه التعليل بعلل مختلفة لمن تأمله والله
أعلم * ونظيره ما قاله القاضي حسين ان المطعومات المكيلة مقيسة على الاربعة ثم يقيس المطعومات
الموزونة على المطعومات المكيلة والموزونات ثم يقيس المطعومات النادرة على المطعومات العامة التي
ليست بموزونة ولا مكيلة وانما رتبنا هذا الترتيب لان الشيء انما يقاس بالشيء اذا كان بينهما مشابة
كثيرة أو مشابة باخص أوصافه اذ القياس تشبيه وتمثيل فنقيس المكيلات غير المنصوص عليها
لانها تشبهها في جميع الوجوه ثم يقيس عليها الموزونات لانها تشبهها في أن كلا منهما مقدر شرعاً وعلى
هذا القياس (فان قلت) وهذا الكلام الذي نقلتموه عن القاضي حسين وغيره يقتضي جواز القياس
على الأصل الثابت بالقياس منه المعنى الذي يثبت به ويقاس غيره عليه وهل يجوز أن يستنبط
فهل يجوز ذلك وليس ذلك مما نحن فيه (قلت) قال المصنف في المصنف انه لا خلاف أنه يجوز أن يستنبط
منه معنى غير المعنى الذي يقيس به على غيره ويقاس عليه غيره مثل قياس الأرز على البر بعله الطعم

أغصان شجرة المعير الى هواء داره له قطعها ولو حمل ما لا قيمة له من نواة واحدة أو حبة فنبتت فهي للمالك الأرض
في وجه لأن التقويم والمالية حصل في أرضه وللمالك الأصل في وجه لانها كانت محرمة الاخذ فعلى هذا في
قلم النبات الوجهان ولو قلع صاحب الشجرة الشجرة فعليه تسوية الأرض لانه قصد تخليص ملكه *
قال ﴿ الحكم الرابع فصل الخصومة فاذا قال راكب الدابة للمالكها أعرتنيها وقال المالك
أجرتكها فلقول قول الراكب * ولو قال ذلك زارع الأرض للمالكها فلقول قول المالك لأن عارية
الأرض نادرة وقيل في المسائل قولان بالنقل والتخريج * ولو قال بل عصبتها فلقول قول المالك
اذا الأصل عدم الاذن * ولو قال الراكب أركبتنيها وقال المالك أعرتكها فلقول قول المالك اذا
الأصل عدم الاجارة فيحلف حتى يستحق القيمة عند التلف وجواز الرجوع عند القيام *
في الترجمة تساهل فان فصل الخصومة ليس حكماً للعارية بخلاف الاحكام السابقة والمقصود
بين مسائل (احداها) اذا قال راكب الدابة للمالكها أعرتني هذه الدابة وقال المالك أجرتكها مدة كذا
بكذا فاما أن يفرض هذا الخلاف والدابة باقية أو هالك (الحالة الأولى) أن تكون باقية فاما أن
يقع الاختلاف بعد مضي مدة لئلا أجره والنص في المختصر أن القول قول الراكب مع يمينه ونص
في باب الزراعة انه اذا زرع أرض الغير ثم اختلفا هكذا أن القول قول المالك مع يمينه وللأصحاب
فيها طريقان (أحدهما) تقرير النصين لان الدواب يغلب فيها الاعارة وفي الاراضي يندرفصدق في كل صورة

ثم يستنبط من الارز أنه لا ينقطع الماء عنه فيقاس عليه النيلوفر فيه وجهان (من أحبابنا) من قال يجوز (ومنهم) من قال لا يجوز وهو قول أبي الحسن الكرخي وقد بصرت في التبصرة جواز ذلك والذي يصح عندي أنه لا يجوز هذا الذي قاله المصنف وهو الصواب وأطلق الامام أبو علي عبد الله بن الخطيب المنع من غير تفصيل قال لان العلة التي يلحق بها الاصل القريب بالاصل البعيد ان كانت هي التي يلحق بها الفرع بالاصل القريب أمكن رد الفرع إلى الاصل البعيد فيصير القريب لغوا وان كانت غيرها لزم تعليل الاصل القريب بعلتين (احدهما) عديمة الاثر وهي التي ليست موجودة في الاصل البعيد ويمتنع التعليل سواء جوزنا التعليل بعلتين مستنبطين أولا وهذا الذي قاله صحيح في القسم الثاني ويصلح أن يكون مقويا لما اختاره المصنف من الوجهين فأما القسم الاول فهو مثال مانحن فيه وقد قل المصنف أنه لا خلاف فيه وقول أبي عبد الله بن الخطيب ان ذكر القرب يكون لغوا ممنوع بل ذلك لقوة التقارب بينهما الذي هو المقصود في القياس فان ما بين المطعوم البادر الذي لا يكال ولا يوزن وبين المطعوم غالبا لمكيل أو الموزون أبعد مما بينه وبين المطعوم العام الذي لا يكال ولا يوزن فكان الحاقه به أولى نعم ما قاله ابن الخطيب يقرر في حق المناظر الذي يقصد دفع خصمه بأقرب الطرق وما قلناه أقرب الى طريقة المناظر الذي يقصد تحقيق الاشياء وتقريب المأخذ مما أمكن والله تعالى أعلم * ثم ليس في كلام الشافعي

من الظاهر معه وذكر في الرقم أن هذا أظهر عند القفال (وأصحها) عند الجمهور وبه قال الربيع والمزني وابن سريج أن الصورتين على القولين ثم منهم من يقول بحصولهما على النقل والتخريج ومنهم من يقول هما منصوصان في كل واحد من الصورتين (أصحها) تصديق المالك وبه قال مالك والمزني كما لو اختلفا في عين مال فقال المالك بعتموها وقال من في يده وهبتها فان المصدق هو المالك وكما لو أكل طعام الغير وقال كنت أبحثه لي فأنكر المالك فالقول قوله (والثاني) تصديق الراكب والزراع ويحكي هذا عن أبي حنيفة لانها اتفقا على أن المنفعة مباحة له والمالك يدعى عليه الأجرة والاصل براءة ذمته عنها والى هذا مال الشيخ أبو حامد وفرق الأئمة بين هذه المسألة وبين ما اذا غسل ثوبه غسل أو خاطه خياط ثم قال فعلته بالأجرة وقال المالك بل مجاناً حيث كان القول قول المالك مع يمينه قولاً واحداً فان الغسال فوت منفعة نفسه ثم ادعى لها عوضاً على الغير وههنا المتصرف فوت منفعة مال الغير واراد اسقاط الضمان عن نفسه فلم يقبل (التفريع) ان صدقنا المالك فعلى ما يحلف حكي الامام عن شيخه في طائفة أنه إنما يحلف على نفي الاعارة التي تدعى عليه ولا يتعرض لاثبات الاجارة مع نفي الاعارة وكان السبب فيه أن ينكر أصل الادلة حتى يتوصل الى اثبات المال بنفي الاذن ونسبته الى النصب واذا استترف باصل الاذن فانما يثبت بطريق الاجارة فملكناه الحلف على اثباته

وابن داود الشارح له ما يقتضى ورود هذا السؤال عليه بل مقتضاه أنه الحق القريب من المنصوص عليه به ثم الحق البعيد بهما لا بالنائب بالقياس وحده فان هذه العلل ليست منصوصة ولكنها مستنبطة والمستنبط لا يدعي العبور على العلة قطعاً فالحق المطعوم المكييل بالمنصوص عليه لاشك أنه أقوى وأشدّ شهاً فيكون الظن الحاصل بثبوت الحكم فيه أتم والمطعوم غير المكييل قارفيه وصف يمكن أن يكون معتبراً وان كان قد ترجح خلافه فكذلك بعد نعم لو كانت العلة منصوصة لم يكن لهذا الترتيب معنى بل حيث وجدت العلة المنصوصة الحق بالحل المنصوص فيه والله عز وجل أعلم * ﴿ فائدة ﴾ قال الرويانى قيل حد مايجرى فيه الربا كل مايباح تناوله على الاطلاق على هيئة ما يقصد تناوله تغذياً أو ائتماً أو تفكهاً أو تدواياً وانما اعتبرنا هذه الجهات الأربع لأنها تقصد لنفع البدن *

﴿ فرع ﴾ ما يأكله بنوا آدم والبهائم جميعاً قال الماوردى الواجب أن يعتبر أغلب حاله فان كان الأغلب أكل الآدميين ففيه الربا كالشعير وان كانت الأغلب أكل البهائم فلا قال الرويانى كالرطبة وان استوت حالته فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين (الصحيح) أن فيه الربا ولا ربا فيما تأكله البهائم كالقرط والنوى والحشيش *

(فان قلنا) لا يتعرض الالئفى الاعارة فاذا حلف استحق أقل الأمرين من اجرة المثل أو المسمى لأنه ان كان أجر المثل أقل لم تتم حجة على الزيادة وان كان المسمى أقل فقد أقر أنه لا يستحق الزيادة (وان قلنا) يتعرض لهما ففيما يستحقه وجهان (أحدهما) المسمى اتماماً لتصديقه (وأظهرهما) ويحكي نصاً فى الام اجرة المثل لانهما لو اتفقا على الاجارة واختلفا فى الاجرة كان الواجب اجرة المثل واذا اختلفا فى أصل الاجارة كان أولى والامام لم يحك الوجه الثانى هكذا ولكن حكى بدله أنه يستحق أقل الأمرين كما سبق والتعرض للاجارة على هذا ليس لاثبات المال الذى يدعيه ولكن لىتنظم كلامه من حيث انه اعترف بأصل الاذن فحصل فيما يستحقه ثلاثة أوجه كما ترى وان نكل المالك عن البين المعروضة عليه لم ترد البين على الراكب والزارع لانهما لا يدعيان حقاً على المالك حتى يثبتا بالبين وانما يدعيان الاعارة وليست هى حقاً لازماً على المعير وعن أبى الحسين رمز إلى انها ترد ليخلص من الغرم ولو صدقنا الراكب والزارع فاذا حلف على نفى الاجارة كناه وبرى وان نكل رد البين على المالك واستحق بيمينه المسمى لان البين المردودة كالبينة أو كالاقرار وأيهما كان يثبت به المسمى وفيه وجه ضعيف أنه يستحق اجرة المثل لان الناكل ينفي أصل الاجارة فيقع المدعى على اثباته (القسم الثانى) أن يقع الاختلاف قبل مضي مدة لمثلها اجرة بل عقب العقد والقول قول الراكب مع يمينه فاذا حلف على نفى الاجارة سقط دعوى الاجارة وردت

﴿ فرع ﴾ لاربا في الريحان والنيلوفر والترجس والورد والبنفسج الا أن يذيب شيء منها بالسكر أو العسل ولا في العود والصندل والكافور والمسك والعنبر ولا العصفور والحناء ولا في القرطم عند الصيمري ولا في آس واذخر والخضروات التي تؤكل في الربيع ويثبت الربا في الأترج والليمون والنانج واللبان والعلك والمصطكي وفيه وجه في الحجر قل وهو الاقيس واللوز والمر والحبة الخضراء والبلوط والقثاء وحب الحنظل والهليلج والمليج والشراب ليج قاله الصيمري والدخن والجوارش والخردل والشونيز والشهرايح والبطم والزنجبيل المرقي والسقمونيا وجه حكاها الروياني إنها ليست بر بوية والطربوت والجزر والثوم والبصل والدآه والهمنسل وفي السقمونيا ونحوه وفي ماء الورد والزعفران والقرطم وحب السكتان والصمغ وبزر الجزر والبصل والنجبل والساجم^١ والماء والادهان المطيبة والبرد ودهن السمك وصغار السمك قاله ابن يونس والطين الذي يؤكل تفكهها وهو الارني وفي كلام الامام بعض ميل إلى أن دهن السمك ربوي لانه حزة من السمك مطعوم فيه واستشكل قول العراقيين أنه ليس بر بوي مع قولهم ان دهن البنفسج ربوي فلم ينظروا إلى العادة في انصرافه عن الطعم قال وهذا غامض عليهم قل والوجه عندنا تخرج هذا الفرع على الخلاف فانه متردد بين الأصل المأكول وبين الانصراف عن الأصل لغرض العادة قال الامام ان منعنا بلع السمكة حية فليس السمك مال ربا وان جوزنا بلعها فقد

اليمن الى المالك فان نكل حاف المالك اليمين المردودة ويستحق الاجرة وانما لم يجيء القولان في هذه الصورة لان الراكب لا يدعى لنفسه حقاً ولم يتلف المنافع على المالك فالمدعى على الحقيقة هو المالك وهناك تلفت المنافع تحت يد الراكب بعد القول باحاطتها فهو الذي جرح الخلاف (الحالة الثانية) أن تكون الدابة هالكه فن تلفت عقب الأخذ قبل أن يثبت لمثلها أجره فالراكب يقر بالقيمة والمالك ينكرها ويدعي الأجرة فتخرج على خلاف ما تقدم في ان اختلاف الجهة هل يمنع الأخذ (إن قلنا) نعم سقطت القيمة برده والقول قول من رد الأجرة فيه الطريقان المذكوران في الحالة الأولى (وان قلنا) لا فان كانت الأجرة مثل القيمة أو أقل اخذها بلا يمين وان كانت أكثر أخذ قدر القيمة وفي المصدق في الزيادة الخلاف السابق (وقوله) في الكتاب فالقول قول الراكب معلم - بالميم والزاي - (وقوله) والقول قول المالك معلم - بالخاء - ولا يخفى بعدما ذكرنا في لفظ الكتاب في المسألة وان كان مطلقا فالمراد منه القسم الأول من الحالة الأولى (المسألة الثانية) اذا قال المتصرف أعرتني هذه الدابة والارض وقال المالك بل غصبتنيها فان لم تتم مدة لمثلها أجره فلا معني لهذه المنازعة اذ لم تمت التمين ولا المنفعة وبرد المال الى المالك وان كان النراع بعد مضي مدة لمثلها أجره نقل المزني أن القول قول المستعير والأصحاب فيه ثلاثة طرق (أظهرها) أن الحكم على ما ذكرنا في المسألة الأولى فيفرق بين الدابة وبين الارض على طريقين ويجعلان على قولين في طريق لان المالك ادعى أجره المثل

تردد شيخى فيها قال الامام والوجه القطع بأنه لا ربا فيها لأنها لا تعد لهذا و فرّق صاحب التهذيب بين الصغار والكبار فان الصغار هي التي تبطل فلذلك قصر ابن عبد السلام في الغاية الخلاف عليها وجزم في الكبار بأنها ليست ربوية وهو مفهوم كلام الامام وجزم صاحب التتمة في السمك الصغير إذا جاوزا ابتلاعه وفي الجراد الحى بجرى ان الربا فيهما قال الرويانى وكذلك جرادة بجرادة يعني فيه وجهان قال ورأيت في الحاوى ما يدل على الوجهين في السمك الكبار أيضاً لأن حى السمك فى حكم ميتة وفي الزعفران وجهان (أصحها) بكأريته فى الحاوى فى القرطم وحب الكتان أنه ربوى وكذلك فى البذور الأربعة وفى ماء الزنجبيل وجهان فى البحر وتقل فى البحر عن الحاوى أن الأصح لا ربا فى القرطم وحب الكتان وفى الزنجبيل قال فى البحر وعندى الأصح فى حب الكتان جريان الربا لأنه يؤكل عادة وليست ^(١) وقال فى البحر لاظهر أن الصمغ ربوى قل الصيمرى لا ربا فى دهن القرطم والقرع والبان والحلب ولاس لأن أصولها لا ربا فيها (قلت) أما القرطم فقد تقدم عن الماوردى أن الأصح كونه ربوياً (وأما) القرع فإنه مأكول فلذى ينبغى القطع بأنه ربوى على الجديد وقد تقدم عنده فى الربويات عند الكلام على بيع ما لا يدخر يابسه وقد جزم الصيمرى فى موضع آخر بأنه ليس بربوى صريحاً وهو مشكك وفى الطين لذى يؤكل تفكهها تردد للشيخ أبى محمد وقال صاحب التقریب دهن البنفسج ربوى وفى دهن الورد وجهان

(١) يابض
بالاصل لحرر

ههنا كما يدعى المسمى هناك ولاصل براءة لزمة (والثانى) القطع بأن القول قول المالك بخلاف تلك المسألة لانهما متفقان على الاذن هناك وههنا المالك منكر له والاصل عدمه ومن قل بهذا خطأ لىزني فى النقل قال أبو حامد لكنه ضعيف لأن الشانعى رضى الله عنه نص فى الأم على ما نقله لىزني (والثالث) القطع بأن القول قول المتصرف لأن الظاهر من حاله أنه لا يتصرف إلا على وجه جائز هذا إذا تنازعا والدين باقية أما إذا كانت هالكه نظر إن هلكت بعد مضى مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعى أجرة للثلث والقيمة بمجة الغصب والمتصرف ينسك الأجرة ويقر بالقيمة بمجة العارية فالحكم فى الأجرة على ما ذكرنا عند بقاء الدين (وأما) القيمة فقد قل فى التهذيب (إن قلنا) إن اختلاف الجهة يمنع الأخذ فلا يأخذها إلا بالبين (وان قلنا) لا يمنع فإن قلنا العارية تضمن ضمان الغصب أو لم تقل به ولكن كانت قيمته يوم التاف أكثر أخذها بالبين وان كانت قيمته يوم التاف أقل أخذ بلايين وفى الزيادة يحتاج الى البين وان هلك عقيب القبض وقبل مضى مدة ثبت لمثلها أجرة لزمه القيمة ثم قياس ما نقلناه عن التهذيب الآن أن يقال (ان جعلنا) اختلاف الجهة مانعا من الأخذ حاف والا أخذ من غير يمين وقضية ما ذكره الامام أنه لا يخرج على ذكر الخلاف لا هذه الصورة ولا ما اذا كان الاختلاف بعد مضى مدة ثبت لمثلها أجرة قال لان العين متحدة ولا وقع الاختلاف فى الجهة

قال الامام ولست أفهم الفرق بينهما قال ابن الرفعة لعله لأن دهن البنفسج يترك ضنة بخلاف دهن الورد لا يترك للضنة وقد يقال ان مراده بدهن البنفسج المعلوف الذى يطبق بالسهم ويعصر ودهن الورد الذى يلقى فيه الورد ويمتزج به والحق التسوية وقل ابن أبى الدم فى شرح الوسيط بمد أن قل قول الامام ولست أفهم الفرق بينهما قال لا يتجه بينهما فرق إلا بالنظر إلى العادة فلعل العادة فى بعض الأقطار وعرف الناس فيه أن دهن البنفسج يؤكل أو يستلحونه للأكل ثم يتركون أكله ضنة به فلماذا كان ربوا عند صاحب التقریب والعادة فى دهن الورد مضطربة أو ليس مأكولا عند غالب الناس فلماذا تردد فيه قال ابن أبى الدم وهذا الخلاف قريب من الخلاف المذكور فيما يحرم علي المحرم من استعمال الطيب فانا ذكرنا خلافا فى دهن البنفسج ودهن الورد ومنهم من رتب الخلاف وفرق بعادة الناس * قال الامام وذكر الامام وجهين فى اللبان ودهنه وقطع العراقيون بأن دهن اللبان ليس برى ويطاهر ما قالوه *

﴿ فرع ﴾ الوزن عندنا ليس بعلة للربا فيجوز عندنا بيع رطل حديد برطلين وثوب بشوبين ورطل نحاس برطلين وحيوان بحيوانين تقدراً ونسباً ولا يشترط أن يكون بين المسلم فيه وبين رأس السلم تفاوت علي الصحيح من المذهب فيجوز أن يسلم ثوباً فى ثوب مثله قاله فى التهذيب *

مع اتحاد العين (والظاهر) الاول (وقوله) فى الكتاب والقول قول المالك معلم - بالواو - لما ذكرنا من اضطراب الطرق وربما أعلم - بالزاي - لانه قال فى الوسيط قال المزني والقول قول الراكب وهذا ليس بقويم لان المزني لم يقل ذلك ولا صار اليه وانما نقله عن الشافعي رضى الله عنه كما تقدم ثم أخذ يعترض عليه واختياره فى المسألة تصديق المالك كما اختار فى المسألة الاولى ولو قال المالك غصبتها وقال المتصرف بل أجرتني (فالجواب) تقريرا على الاصح أنه ان كانت العين باقية ولم تمض مدة لمثلها أجرة فالمدق المالك فان حلف استرد المال وان مضت مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعى أجرة المثل والمتصرف يقر بالمسمى فان استويا أو كانت أجرة المثل أقل أخذ بلا عين وان كانت أجرة المثل أكثر أخذ قدر المسمى بلا عين والزيادة بالعين قال صاحب التهذيب ولا يجيء ههنا خلاف اختلاف الجهة كما لو ادعى المالك فساد الاجارة والمتصرف صحتها يحلف المالك ويأخذ أجرة المثل وان كان الاختلاف بعد بقاء العين مدة فى يد المتصرف وتلفها فالمالك يدعى اجرة المثل والقيمة والمتصرف يقر بالمسمى وينكر القيمة فالمالك أخذ ما يقر به بلا عين وأخذ ما ينكره بالعين ولو قال المالك غصبتني وقال صاحب اليد بل أودعتني فيحلف المالك على الاصح ويأخذ القيمة ان تلف المال وأجرة المثل ان مضت مدة لمثلها أجرة (الثالثة) قال راكب الدابة أكرمتها وقال المالك بل أعرتها فان اختلفا والدابة باقية

﴿ فرع ﴾ هل يحرم أكل الطين قال الروياني اختلف أصحابنا منهم من قال يحرم الطين قليله وكثيره وهو اختيار مشايخ طبرستان الامام أبي عبد الله الحنطاطي وأبي طلي الزجاجي والامامين جدي ووالدي رحمهم الله واختاره القفال المروزي ومنهم من قال لا يحرم ولكن يكره وهو اختيار مشايخ خراسان وهذا إذا لم يضر لقلته فان كان كثيراً يضر فهو حرام وبه أفتى وسمعت الشيخ الحافظ البيهقي بنيسابور يقول لم يصح نص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في تحريم قليله وهذا هو الصحيح عندي انتهى كلام الروياني في البحر * وذكر الأولون حديثاً لم أستحسن نقله لنكارتة ثم بدا لي أن أقوله وأنبه عليه قال احتجوا بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « أكل الطين حرام على أمتي » وروى « إذا أنفض الله عبداً ألهمه أكل الطين وتنف اللحية » ﴿ فائدة ﴾ أربع مسائل خلافية ترجع إلى أصل واحد بيننا وبين أبي حنيفة بيع كف حنطة بكفى حنطة وسفرجلة بسفرجلتين والجص بالجص متفاضلاً والحديد بالحديد متفاضلاً والمسانتان الأولتان ممتعتان عندنا جائزتان عنده والأخريان بالعكس وذلك أن العلة عنده في النقدين قيم الوزن وفي الأربع السكيل فيتعدى إلى كل موزون ومكيل وعندنا العلة في النقدين كونهما قيم الأشياء غالباً فلا يتعدى إلى غيرهما وفي الأربعة ^(١) فتعدت إلى المطعوم دون السكيل والله أعلم *

(١) كذا بالاصل غرر

﴿ فرع ﴾ الشعير في سنبله لا يقدر فاذا فرعنا على القديم قال الامام الوجه عندي منع بيع بعضه ببعض فإنه من جنس ما يقدر ولا ينظر إلى حاله هذه وليس كالجوز ما دام صحيحاً وهذا تقريراً

فالمصدق للمالك في نفي الاجارة لان الراكب يدعي استحقاق المنفعة عليه والاصل عدمه فاذا حلف استردها فان نكل حلف الراكب واستحق الامساك ثم ان كان قد مضى مدة لمثلها أجرة فالراكب يقر له بالاجرة والمالك ينكرها ولا ينفي حكمه وان كان الاختلاف بعد هلاك الدابة فان هلكت عقيب القبض فالمنهك أن المالك يحلف ويأخذ القيمة لان الراكب أثلف ماله ويدعى أنه أباحه له والاصل عدمه وخرج قول مامر في المسألة الاولى أن المصدق الراكب لان الاصل براءة ذمته وان هلكت بعد مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعى القيمة وينكر الاجرة والراكب يقر بالاجرة وينكر القيمة (فان قلنا) اختلاف الجهة يمنع الأخذ حلف وأخذ القيمة ولا عبرة باقرار الراكب (وان قلنا) لا يمنع وهو الاصح فان كانت القيمة والاجرة سواء أو كانت القيمة أقل أخذها بلايين وان كانت القيمة أكثر أخذ الزيادة باليين *

﴿ فرع ﴾ اذا استعمل المستعير العارية بعد رجوع المعير وهو جاهل بالرجوع لم تلزمه الاجرة ذكره القفال *

﴿ فرع ﴾ اذا مات المستعير وجب على ورثته الرد وان لم يطالب المعير *

على القديم وأما على الجديد فكل مطعوم وإن كان لا يقدر يمتنع بيع بعضه ببعض عدداً وهل يجوز وزناً فيه وجهان (أحدهما) وهو ظاهر المذهب أنه لا يجوز وهذا الوجهان هما اللذان ذكرهما الشيخ في التنبيه (الأصح) كما قال الامام لا يجوز بيع بعضه ببعض فلو خيف ففیه خلاف مشهور وقد تقدم

﴿ كتاب الغصب وفيه بابان ﴾

﴿ الباب الأول في الضمان ﴾

﴿ وفيه ثلاثة أركان (الأول الموجب) وهو ثلاثة * التفويت بالمباشرة أو التسبب أو إثبات اليد العادية * وحد المباشرة إيجاد علة التلف كالقتل والاكل والاحراق * وحد السبب إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة فيجب الضمان على المكره على إتلاف المال * وعلى من حفر بئراً في محل عدوان فتردت فيه بهيمة إنسان * فان ردها غيره فعلى المردى تقديماً للمباشرة على السبب ﴾

الأصحاب طرق في التعبير عن معنى الغصب (إحداها) أنه أخذ مال الغير على جهة التعدي وربما يقال الاستيلاء على مال الغير (والثانية) وهي أعم من الأولى أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق واختار الامام هذه العبارة وقال لا حاجة الى التقييد بالعدوان بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان كما اذا أودع ثوباً عند إنسان ثم جاء وأخذ ثوباً بالموذع على ظن أنه ثوبه أو لبسه للمودع وهو يظن أنه ثوبه (والثالثة) وهي أعم من الأولىين حكى أبو العباس الروياني عن بعض الاصحاب اطلاق القول بأن كل مضمون على ممسكه فهو مغضوب حتى المقبوض بالشراء والفساد والوديعة اذا تعدى فيها المودع والرهن اذا تعدى فيه المرتهن وأشبهه العبارات وأشبهها الأولى وفي الصورة المذكورة النبات حكم الغصب لا حقيقته وفي الكتاب والسنة ما يدل على تحريم الغصب ويشير الى جمل من أحكامه قال الله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) وعن أبي بكرة أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر «ان دمائكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا»^(١) وعن سمره

﴿ كتاب الغصب ﴾

(١) ﴿ حديث ﴾ أبي بكرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم النحر إن دمائكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا : متفق عليه بهذا وأتم منه من طريق عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه *

﴿ فوائد ﴾ قد تقدم عن الامام النووى رضى الله عنه أن الخلاف فى علة الربا على مذاهب ويرجع حاصل القول فى النقيدين والأشياء الأربعة إلى أن العلة فى تحريم ربا الفضل فى الأشياء الستة ماهو مقصود من كل صنف والأربعة مجتمعة فى مقصود الطعم على القول الجديد عندنا والنقدان مجتمعان فى جوهر النقدية وإنما ذكرنا جوهر النقدية لأن التبرليس نقداً فى عينه وكذلك الحلى والاولانى فان الربا جار فيها لنصه صلى الله عليه وسلم على الذهب والفضة وهو يعم المطبوع وغير المطبوع * وعبرة القاضى حسين فى ذلك أحسن قال تلخصت منها عبارة جامعة لكل وهو أن العلة فى النقيدين جوهر يطبع منه قيم الأشياء * قال صاحب التتمة وقد قال طائفة من أصحابى إن الذهب والفضة ليسا بمعالين والربا فيهما لعينهما لالعة فيهما وتعليل الشافعي رضى الله عنه بالثمنية إشارة الى هذا لأن الثمنية لاتعدوهما وقد تقدم أن الربا ثلاثة أقسام وزاد صاحب التتمة ربا رابعاً وهو كل قرض جر نفعاً ﴿ فائدة ﴾ تعلق من قال ان العلة الوزن فى الموزون والكيل فى المكيل بما روى عن أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خير فجاءهم بتمر خبيث فذكر الحديث إلى أن قال

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ^(١) وعن أبى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة» ^(٢) والاجماع منعقد على تحريم الغصب وتعلق الضمان به ثم للغصب إما أن يتألف قبل العود الى يد المالك أولاً يتألف وحينئذ فاما أن يعود الى المالك من غير تغيير فيه واما ان يتغير بطاري فخص المصنف كلام الكتاب فى بابين (أحدهما) فى الضمان عند التألف (والثانى) فى الطوارئ، وأحكامها (أما الاول) نالحاجة فيه إلى معرفة ما يوجب الضمان وما يجب ضمانه وما يوجب ضماناً فهذه ثلاثة أركان (الاول) الموجب والغصب وان كان موجباً

(١) ﴿ حديث ﴾ سمرة على اليد ما أخذت حتى تؤديه : تقدم فى الباب قبله *

(٢) ﴿ حديث ﴾ أبى هريرة من غصب شبراً من أرض طوقه من سبع أرضين يوم القيامة مسلم بلفظ من أخذ وفى رواية من أقطع وزاد بغير حقه واتفق عليه من حديث عائشة بلفظ من ظلم وعن سعيد بن زيد بلفظ من اقتطع والبخارى عن ابن عمر وله عندهم ألفاظ وفى الباب عن يعلى ابن مرة فى صحيح ابن حبان ومسندى أبى بكر بن أبى شيبة وأبى يعلى والمصور بن غزمية رواه العقيلي فى تاريخ الضعفاء وشداد بن أوس فى الطبرانى الكبير وحكم أبو زرعة بأنه خطأ وسعد بن أبى وقاص فى الترمذى والحكم بن الحرث السلى فى الطبرانى أيضاً وأبى شريح الخزاعى فيه وابن مسعود عند أحمد وابن عباس فى الطبرانى (ننيه) لم يروه أحمد منهم بلفظ من غصب نعم فى الطبرانى من حديث وائل بن حجر من غصب رجلاً أرضاً لى الله وهو عليه غضبان *

وقال في الميزان مثل ذلك وفي رواية وكذلك التمر ان قالوا أرء الموزون (والجواب) أن المراد بذلك استواء الوزن في الأشياء التي بين الربا فيها في أحاديث آخر وورد في رواية وكذلك كل ما يكال أو يوزن بسند ضعيف قد تقدم الكلام اه * وروى الدارقطني من حديث عبادة وأنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعاً واحداً وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به » ولكنه ضعيف قال الدارقطني لم يروه عن أبي بكر عن الربيع هكذا وهو ابن صبح هكذا وخالفه جماعة فرووه عن الربيع عن ابن سيرين عن عبادة وأنس عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ غير هذا اللفظ * والربا بكسر الراء مقصور وعن القاسمي أنه يفتح ويمد * قال ابن الرفعة الربا في الشرع أخذ مال مخصوص بغير مال بازائه ولا تقرب إلى الله سبحانه وتعالى ولا إلى الخلق قال فأخرجنا بخصوص ما ليس من أموال الربا بلا تقرب إلى الله تعالى الصدقة وإلى الخلق الهدية والهبة (قلت) وهذا يرد عليه القمار بل هذا هو حد القمار فانهم ذكروا الفرق بين القمار وبين البيع أن القمار^(١) وإنما الحد الصحيح للربا في الشرع ما نقله الرويانى في البحر وقد كتبت في غير هذا * والجاورس - بالجيم - والسين - المهمة الحب الذى يعصر مثل الدخن وهو خير من الدخن في جميع أحواله وهو ثلاثة أصناف وهو معرب كاورس حكى ذلك عن مجمع البحرين الفرغالى (فائدة) اشتهر عن مذهبنا التعليل بالعلة القاصرة ومن أمثلتها تعليل تحریم الربا في النقدين بالقدية وقال إمام الحرمين في البرهان ان كان كلام الشارع

(١) كذا
بالاصل فخر

للفضمان فالواجب غير منحصر فيه بل الاتلاف أيضاً موجب بل هو أقوى فانه بمجرد جرده يوجب اشغال الدمة بالضمان والغصب بمجرد لا يوجب وإنما يوجب دخول المغصوب في ضمانه حتى اذا تلف اشغلت الدمة بالضمان والاتلاف قد يكون بالمباشرة وقد يكون بالسبب فصارت الاسباب ثلاثة التفويت بالمباشرة والتفويت بالتسبب وإثبات اليد العادية وهو الغصب (أما التفويت) بالمباشرة والتسبب فاول مبدئه بينهما والفرق بينهما واعلم أن ماله مدخل في هلاك الشئ^١ اما أن يكون بحيث يضاف اليه الهلاك في العادة إضافة حقيقية أولاً يكون كذلك وما لا يكون كذلك فاما ان يكون بحيث يقصد بتحصيله حصول ما يضاف اليه الهلاك أولاً يكون كذلك فالذى يضاف اليه الهلاك يسمى علة والاتيان به مباشرة وما لا يضاف اليه الهلاك ويقصد بتحصيله ما يضاف اليه يسمى سبباً والاتيان به تسبباً وهو القصد والتوقع قد يكون لتأثير بمجرد جرده فيه وهو علة العلة وقد يكون بانضمام أمور اليه هي غير بعيدة الحصول وقد يخص اسم السبب بالنوع الاول وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب في أول كتاب الجراح وأما ههنا فانه فسر السبب بمطلق ما يقصد به حصول العلة وفسره في الديات بما هو أعم من ذلك فقال السبب ما يحصل الهلاك عنده بعلة سواء ولكن لولاه لما أثرت العلة فلم يعتبر الا أنه لا بد منه وعلى هذا التفسير فكل شرط سبب

نصاً لا يقبل التأويل فلا يرى للعلّة القاصرة وقعاً ولكن يمتنع عن الحكم بفسادها وإنما نفيد إذا كان قول الشارع ظاهراً يتأقّى تأويله ويمكن تقدير حمله على الكثير مثلاً دون القليل فإذا سحبت عليه توافق الظاهر عصمته من التخصيص بعلّة أخرى لا تنزل مرتبتها عن المستنبطة القاصرة ثم فيه ريب وهو أن الظاهر كان متعرّصاً للتأويل ولو أول خرج بعض المسميات ولا زيل الظاهر إلى ماهو نص فيه فالدلة في محل الظاهر كأنها ثابتة في مقتضى النص منه متعدية إلى ما اللفظ ظاهر فيه عاصمة له عن التخصيص والتأويل فكان ذلك إفادة وإن لم يكن تعدياً حقيقياً ولا يتجه غير ذلك في العلة القاصرة ثم قال (فإن قيل) قول رسول الله ﷺ « لا تتبعوا الورق بالورق » الحديث نص أو ظاهر فإن زعمتم أنه نص بطل التعليل بالنقدية وإن كان ظاهراً فالأمة مجتمعة على اجرائه في القليل والكثير فقد صار بقرينة الاجماع نصاً (قلت) أما الحظ الأصولي فقد وفينا به والأصول لا تصح على الفروع فإن تختلف مسألة فليمتحن بحقيقة الأصول فإن لم يصح فليطرح هذا كلام الامام واعترض عليه الأنباري الشارح وقال إن القاصرة مقيدة مطلقاً سواء كانت مستنبطة من ظاهر أو من نص وقول الامام يلزم

ولما فسر في الابواب بتفاسير مختلفة اختلف اعتبار الحفر مع التردى فسمى الحفر ههنا وفي الديات سبباً وامتنع منه في أول الجراح واقتصر على تسميته شرطاً وفي الجملة فيكنى للتأثير في الاموال مالا يكتفى به للتأثير في القصاص والحكم المقصود لا يختلف باختلاف التعبيرات والاصطلاحات ولكن كان الاحسن الاستمرار على تفسير واحد وتعليق الاحكام عليه ثم انه اندفع في بيان صور من مسمى المباشرة والتسبب والمباشرة لقتل والاكل والاحراق ومن التسبب الاكراه على اتلاف مال الغير فان الاكراه مما يقصد لتحصيل الاتلاف ومنه ما اذا حفر بئراً في محل عدوانا فتدردت فيها بهيمة أو عبد أو حر فان رده غيرهما فالضمان على المردى لان المباشرة تتقدم على السبب والكلام فيه وفي موضع عدان الحفر يستقصى في الجنائيات ان شاء الله تعالى (وقوله) في الكتاب والموجب وهو ثلاثة ظاهره يقتضى حصر اسباب الضمان في الثلاثة وقد يقال كيف حصرها في الثلاثة وله اسباب أخر الاستيلاء والاستعارة وغيرها (والجواب) انه يجوز أن يريد الاسباب الذي ضمنها قدما الاصحاب هذا الباب فاما ما عداها فلهامواضع مفردة (وقوله) التفويت المباشرة أو السبب أو إثبات اليد العادية إدخال أو في السبب حسن لأنه طريق للتفويت كما أن المباشرة طريق لا يمكن ادخالها في إثبات اليد العادية لا يحسن لأنه سبب للضمان برأسه لا لأنه طريق للتفويت (وقوله) وحده المباشرة إيجاد علة التلف أى مباشرة التفويت ولفظ اليجاد لا يستحبه للتكلم الا أن المعنى فيه مفهوم وأراد بعلّة التلف ما ذكرنا من أنه يضاف اليه التلف في العرف وإنما قلنا انه اضافة حقيقية لأن الهلاك قد يضاف الى السبب فيقال هلك مال فلان بسعاية فلان لاكنه مجاز بدليل

منه ان المتقدمة المقتضية للتخصيص لا تقدم على القاصرة إلا إذا كانت مترقية في الرجحان عن رتبها وهذا غير ما يهيو لان تكون معارضة للمتعدي والحق ان القاصرة مقيدة مطلقاً كما أشار إليه الشارح وقد ذكر الأصحاب من الأصوليين والفقهاء من قواعد العلة القاصرة الوقوف على حكمة النص وكون حكمها متعدي إلى غيرها وانه ربما حدث ما يشاركه في المعنى فيتعدى الحكم اليه فهذه ثلاث فوائد والذي قلّه الامام في منعها التخصيص في الظاهر فائدة أخرى جلييلة لكننا نقول لا تنحصر الفائدة فيها (وقوله) ان الأمة مجمعة على إجرائه في القليل والكثير فصار كالنص (يمكن) أن يقال ان القليل إذا انتهى في القلة إلى حد لا يوزن لا تجمع الأمة عليه ل أبو حنيفة يخالف فيه كما خلفته في بيع ثمرة بتمرتين فيجوز عندهم بيع درة بدرة من الذهب والفضة كذا قال الفرغاني في شرح الهداية من كتبهم فيمكن استعمال العلة وهي جنس الأثمان في ذلك ومنع تخصيص العموم فيه وتحصيل الفائدة التي حاولها الامام والافاخر كلامه المذكور في البرهان يشير إلى الامتناع من الحكم بصحة العلة المذكورة لعدم الجريان على القانون الذي مهده وهو مع ذلك لا يرى أن يضيف الحكم إلى العلة للمتعدي وهي الوزن كما يقوله أبو حنيفة رضي الله عنه لأن التعليل بالوزن باطل بوجوه تخصه (منها) أنه طرد لا مناسبة

صحة النفي عنه (وقوله) إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لفظة عنده ههنا ليست للحصر والمقارنة وانما المراد عقبيه أو ما أشبه ذلك (وقوله) اذا كان السبب اعادة لفظ السبب في حد السبب وتفسيره مما لا يستحسن ولو طرحه لا انتظم الكلام *

قال ﴿ ولو فتح رأس زق فهبت ريح وسقط وضاع فلا ضمان ﴾ لأن الصياح بالريح ولا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب فهو كما لو فتح الحرز فسرق غيره * أو دل سارقاً فسرق * أو بنى داراً فألقى فيها الريح ثوباً وضاع أو حبس المالك عن الماشية حتى هلكت فلا ضمان في شيء من ذلك وكذا اذا نقل صبيّاً حرّاً إلى مضيفة فافترسه سبع * ولو نقله إلى مضبعة أو فتح الزق حتى أشرقت الشمس وأذابت ما فيه ففي الضمان خلاف لأن ذلك يتوقع فيقصد * وكذلك نقول اذا غصب الامهات وحدثت الزوائد والاولاد في يده مضمونة وكان ذلك تسبباً إلى اثبات اليد * ولو فتح قفص طائر فوقف ثم طار لم يضمن لانه مختار * وان طار في الحال ضمن لان الفتح في حقه تنفير * وكذا البهيمة والعبد المجنون المقيد بمنزلة البهيمة * وان كان العبد عاقلاً فلا يضمن من فتح باب السجن وان كان أبقاً * ولو فتح رأس الزق فتقاطرت قطرات وابتل أسفله وسقط ضمن لان التقاطر حصل بفعله * ولو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب وضاع فالناني بالضم أولى * وقيل لا ضمان عليهما *

فيه (ومنها) جواز إسلام الدراهم والدنانير في الموزونات ليس بطلان المتعدية هنا بمعارضة القاصرة لها (وأما) في غير هذا الموضع فلاستاذ أبو اسحاق يرجح القاصرة على المتعدية معارضة النص لها والجمهور يرجحون المتعدية وامتنع آخرون من الترجيح من جهة التعدى والقصور قال الأنباري وهو الصحيح وهو اختيار القاضي وأما ترجيح العلل بقوتها في نفسها واضطرب كلام الامام في الربويات فتارة يميل الى التعبد وابطال التعليل وأخذ الربا في كل المطعومات من قوله «لا تتبعوا الطعام بالطعام» وتارة يميل إلى القياس وكلامه في ذلك مضطرب وكأنه شوش عليه عدم ظهور فائدة العلة القاصرة في هذا المحل وقد أبدىناه في محل الاختلاف والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ قال الرافعي رحمه الله وعن الأودنى من أصحابنا انه تابع ابن سيرين في أن العلة الجنسية حتى لا يجوز بيع مال يجنسه متفاضلا وقال النووي رحمه الله في الروضة قال الأودنى من أصحابنا لا يجوز بيع مال يجنسه متفاضلا ولا يشترط الطعم انتهى ما قالاه وأنا أخشى أن يكون غلطاً فان الذي نقله القاضي حسين عن الأودنى أن العلة هي الجنسية والطعم شرطها وجعل ذلك مقابلاً لما قاله الحلبي وصححه القاضي من أن العلة الطعم والجنس محلها

في الفصل مسألتان (إحدهما) لو فتح رأس زق فضاع مافيه نظر ان كان مطروحاً على الارض فاندفق ما فيه بالفتح ضمن وان كان منتصباً لا يضيع مافيه بالفتح لو بقي كذلك لكنه سقط نظر إن سقط بفعله كما لو فتح رأسه فأخذ مافيه في التقاطر شيئاً فشيئاً حتى أميل أسفله وسقط ضمن لان السقوط بالميلان الناشئ من الابتلال الناشئ من التقاطر الناشئ من الفتح وهو مما يقصد تحصيله بالفتح وان سقط بامر عارض من زلزلة أو هبوب ريح أو وقوع طائر فلا ضمان لأن الهلاك لم يحصل بفعله ولا فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض وعن مالك فيما ذكره للسعدي انه يجب الضمان لأنه لو لا الفتح لما ضاع مافيه بالسقوط ولو جاء انسان وأسقط فالضمان عليه لا على الفاتح ولو أنه لما فتح رأسه أخذ مافيه في الخروج ثم جاء آخر ونكسه مستعجلاً فضاها الخارج بعد التنكيس عليهما كالخارجين أو على الثاني وحده كالخارج مع الخارج فيه ولجهان (أصحهما) الثاني هذا إذا كان مافى الزق مانعاً أما إذا كان جامداً فشرقت الشمس فاذا بته فضاع أو ذاب بمرور الزمان وتأثير حرارة الهواء فيه وجهان (أحدهما) أن الضياع انما حصل بعارض الشروق فاشبه هبوب الريح (وأصحهما) الوجوب لأن الشمس تذيب ولا تخرج فيكون الخروج بفعله وكأن الشمس كما يعلم شروقها فيكون الفاتح معرضاً لما فيه للشمس وذلك تضییع بخلاف هبوب الريح فانه ليس مما ينةظر وعن القاضي الحسين اجراء الوجهين فيما اذا زال أوراق السكرم وجرد عناقيدها للشمس حتى أفستها وطردها أيضاً فيما اذا ذبح شاة انسان فهنا سكنت سخلتها أو حماتها فهناك فرخها لفقدان ما يصلح لها ولو جاء آخر وقرب ناراً من

والشرط عدم التساوى والمعلول فساد العقد ولما قاله بعض الأصحاب من أن العلة الطعم والشرط عدم التساوى والمعلول الفضل فلعل من نقل عن الاودنى اقتصر من قوله على أن الجنس علة وهو صحيح ثم توهم من وقف على هذا الكلام بمجرد أنه لا يشترط الطعم وأنه موافق لابن سيرين والله تعالى أعلم *

﴿ باب بيع الأصول والثمار ﴾

الأصول ههنا المراد بها الأشجار وكل ما يثمر مرة بعد أخرى وأبعد من قال ان اسم الأصل يشمل البناء والشجر وأبعد منه قول من قال أن المراد به الأرض والشجر معاً والثمار * والمقصود بهذا الباب أمران (أحدهما) بيان حكم الأصول إذا بيعت فيما يكون تابعاً لها وفيما لا يكون وفي حكم ذلك فان ذلك مما يطول النظر وقد بوب الشافعي رضى الله عنه على ذلك في الأم باب ثمر الحائط يباع أصله فهذه الترجمة حلها المصنف بقوله بيع الأصول (والثاني) الكلام في الثمار إذا بيعت وما يختص بها من الشروط التي لا تشترط في غيرها من المبيعات فان شروط المبيع (منها) ما هو عام وهي الخمسة التي ذكرها المصنف في باب ما يحوز بيعه (ومنها) ما يختص بالربوبات وأفرده باب الربا

الجامد حتي ذاب وضاع فوجهان (أحدهما) أنه لاضمان على واحد منهما (أما الأول) فلأن مجرد الفتح لا يفتي الضمان (وأما الثاني) فلأنه لم يتصرف في الظرف ولا في المطروف (وأظهرها) وهو اختيار صاحب المهذب وجوب الضمان على الثاني لأن تقرب النار منه تصرف بالتصبيع والاتلاف والوجهان جاريان في تقريب الفاتح النار منه وفيما اذا كان رأس الزق مفتوحاً فجاء انسان وقرب منه النار ولو حل رباط سفينة فعرفت بالحل ضمن ولو غرقت بسبب حادث من هبوب الريح أو غيره لم يضمن وان لم يظهر سبب حادث فوجهان مذكوران في المهذب والتهذيب وليكن الأمر كذلك في مسألة الزق إذا لم يظهر حادث استقوطه (الثانية) لو فتح قفصاً عن طائر وهيجه حتى طار ضمنه لأنه ألتفه على مالكه وان لم يزد على فتح القفص فطار الطائر فاما أن يطير في الحال أو يقف ثم يطير فاما في الحالة الأولى فطريقان (أظهرها) أن في وجوب الضمان قولين (أحدهما) أنه لا يلزمه الضمان لأن الحيوان قصداً واختياراً ألا ترى أنه يقصد ما ينهه ويتوقى للمالك وغاية الوجود من الفاتح التسبب إلى تصعيه فتقدم عليه مباشرة الطائر واختياره (وأظهرها) اللزوم لأن الطائر ينفر ممن يقرب منه فاذا طار عقيب الفتح اشعر ذلك بأنه نفره (والثاني) القطع بالقول الثاني ومنهم من فرق بين أن يخرج الطائر من غير اضطراب وبين أن يضطرب ثم يخرج فيدل ذلك على فزعه وتنفره (وأما) في الحالة الثانية فطريقان أيضاً (أحدهما) أنه على قولين (وأظهرها) القطع بنفي الضمان لأن الطيران بعد الوقوف اشارة ظاهرة على أنه طار باختياره واذا اختصرت قلت في المسألة ثلاثة أقوال (أحدها)

وقدمه على هذا الباب لعمومه لامكانه في كل وقت وشدة خطره لقيام الاجماع عليه (ومنها) ما يختص بالثمار فافرده في هذا الباب وبدأت علة الشافعي بأن الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار وجعله غيب باب ثمر الحائط يباع أصـله فجعله المصنف مع الأصول في باب واحد ليعاق كل منهما بالآخر وقدم الأصول على الثمار تأسيساً بالشافعي ولأنها متقدمة طبعاً وقد قيل إن المقصود بالباب بيع الثمار لبيان شرطه فاعله قدم بيع الأصول في مختصر التفريع بعده بنقص الباب وليس كذلك ولم يقع الكلام في بيع الأصول مختصراً بل طال أكثر من الكلام في بيع الثمار بل ذلك لما قدمته من تبويب الشافعي وهما مقصودان واستلزم الكلام في الأصول الكلام في الأرض لأن بيع الأصول قد يكون مستقلاً وقد يكون تبعاً للأرض ولهذا قال للمصنف في التنبيه بعد أن قال دخل البناء والغراس قال فإن كان له حمل إلى آخره فنبه بذلك على أن تبعية الثمار للأصول لا يشترط فيها أفراد الأصول بالعقد بل يشمل صورة أفرادها وصورة ما إذا كانت تابعة للأرض فانه جعل الكلام فيما إذا كانت تابعة فيدل على الصورة الأخرى بطريق أولى واستطرد من ذلك في المذهب إلى ما يتبع لفظ الأرض أو نحوها من

أن يضمن مطلقاً وبه قال مالك وأحمد واختاره أبو خلف السلمي والقاضي الروائى وغيره من الأصحاب (وثانها) لا يضمن مطلقاً (وأظهرها) أنه يضمن ان طار في الحال ولا يضمن ان وقف ثم طار وروى عن أبي حنيفة مثله وأيضاً مثل القول الثاني وهو أشهر وذكر العراقيون أن الثاني هو قوله في القديم وفي التهذيب عن طريقة القولين في الحالة الثانية أن القديم لا يضمن وفيما جمع من فتاوى القفال وغيره تفرعاً على وجوب الضمان إذا طار في الحال أنه لو وثبت هرة كما لو فتح القفص ودخلت وقتلت الطائر لزمه الضمان كأنهم جعلوا الفتح اغراء للهرة كما أنه تنفير للطائر وانه لو كانت القفص مغلقاً فاضطرب بخروج الطائر وسقط وانكسر وجب ضمانه على الفاتح وأنه لو كسر الطائر في خروجه قارورة انسان لزمه ضمانه لأن فعل الطائر منسوب اليه وانه لو كان شعير في جراب مسدود الرأس وبجنبه حمار ففتح فاتح رأسه فأكله الحمار في الحال لزمه الضمان وإذا حل رباط بهيمة أو فتح الاصطبل فخرجت فضاعت فالحكم على ما ذكرنا في فتح القفص وحكى الامام أن شيخه أبا محمد كان يثبت الفرق بين الحيوان النافر بطبعه والانسي ويجعل خروج الانسي على الاتصال بخروج النافر على الانفصال قال وهذا منقاس ولكني لم أره الا له وإذا خرجت البهيمة في الحال وأتلفت زرع انسان فعن القفال انه ان كان نهراً لم يضمن وان كان ليلاً ضمن كما في دابة نفسه وقال العراقيون لا يضمن اذ ليس له حفظ بهيمة الغير من الزرع عليه ولو حل قيد العبد المجنون أو فتح باب السجن فذهب فهو كما لو حل رباط البهيمة وان كان عاقلاً نظر ان لم يكن آبقاً فلا ضمان لان له اختياراً صحيحاً وذهابه

غير الثمار وان لم يكن ذلك في ترجمة الشافعي التي هي مقتصرة على الثمار كالزروع والحواري والمعادن وغيرها وقد تعرض الشافعي في مسائل الباب اليها وقدم المصنف الكلام في بيع الارض لانه مستلزم لبيع الأصول المستلزم لبيع الثمار وهو في كلام الشافعي مذکور في أثناء الباب ولا يستنكر كون الداخل في عقد البيع يسمى مبيعاً لانه انما انتقل بحكم البيع والله أعلم * وقد رأيت الترجمة الأولى وهي أن بيع الأصول لغير المصنف وهو أبو بكر أحمد بن بشري المصري في كتابه المسمى بالختصر المنبه من علم الشافعي * قال المصنف رحمه الله *

﴿ إذا باع أرضاً وفيها بناء أو غراس نظرت فإن قال بعثك هذه الأرض بمقوقها دخل فيها البناء والغراس لانه من حقوقها وان لم يقل بمقوقها فقد قال في البيع يدخل وقال في الرهن لا يدخل واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق (فمنهم) من قال لا يدخل في الجميع لأن الأرض ليست بعبارة عن الغراس والبناء وتأول قوله في البيع عليه إذا قال بمقوقها (ومنهم) من قل جوابه في الرهن الى البيع وجوابه في البيع الى الرهن وجعلها على قولين (أحدهما) لا يدخل في الجميع لأن الأرض اسم للعروة

بحال عليه وان كان آبقاً ففيه خلاف للأصحاب منهم من جعل حل قيده كحل رباط البهيمة لانه أطلقه وقد اعتمد المالك ضبطه فأثقله عليه فعلى هذا يحىء فيه التفصيل السابق وهذا ما اورده في التهذيب (والأظهر) أنه لاضمان بحال كما في غير الآبق وهو المذكور في الكتاب ولو وقع طائر على جداره ففقره لم يضمن لانه كان ممتنعاً من قبل ولو رماه في الهواء فقتله ضمن سواء كان في هواء داره أو في غيره اذ ليس له منع الطائر من هواء ملكه هذا شرح المسألتين وكانت صورة المسألة الأولى مبددة في الكتاب فنظمناها وقد أدرج في خلاصتها صوراً للاستشهاد لانهما وان كانت تأتي في الشرح في مواضعها (منها) لو فتح باب الخرز فسرق غيره أو دل سارقاً فسرق أو أمر غاصباً حتى غصب أو بنى داراً فألقت الريح فيها ثوباً فضاع لاضمان عليه لانه لم يوجد منه اثبات يد على المال ولا مباشرة اتلاف ولا سبب يمكن تعليق الضمان به اما في الصورة الاخيرة فلا تسبب أصلاً لانه لا يقصد بيناء الدار ذلك وأما فيما سواها فلانه طرأ عليه مباشرة المحتاز فانقطعت الاضافة الى السبب (ومنها) لو حبس المالك عن ماشيته حتى تلفت لاضمان عليه لانه لم يتصرف في المال وإنما تصرف في المالك وكان هذا التصوير فيما اذا لم يقصد منعه عن الماشية وإنما قصد حبسه فافضى الامر الى هلاكها لان أبا سعيد المتولى أجرى الوجهين المذكورين فيما اذا فتح الزق عن جامد فذاب ما فيه بشروق الشمس وضاع وفيما اذا كان زرع ونخيل وأراد سوق الماء اليها فمعه ظالم من السقي حتى فسدت هل يلزمه الضمان (ومنها) لو نقل صبياً حرّاً الى مضیعة فاتفق سبع فافترسه لاضمان عليه احالة للهالك على

دون ما فيها من العراس والبناء (والثاني) يدخل لأنه متصل بها فدخل في العقد عليها كسائر أجزاء الأرض (ومنهم) من قال في البيع يدخل وفي الرهن لا يدخل لان البيع عقد قوى يزيل الملك فدخل فيه العراس والبناء والرهن عقد ضعيف لا يزيل الملك فلم يدخل فيه العراس والبناء * ﴿

﴿ الشرح ﴾ الأرض مؤنثة وهى اسم جنس لم يأت واحده بالهاء والعراس يستعمل في الشجر يقال غرست الشجر أغرسه ويقال للنخلة أول ما تنبت غريسة قاله الجوهري وغيره (أما) الاحكام فقد قال الاصحاب إذا قال بعثك هذه الأرض أو العرصة أو الساحة أو البقعة وكان فيها بناء أو غراس دون ما فيها من الشجر والبناء لم يدخل ذلك في البيع بلا خلاف وان قال بما فيها من البناء والعراس دخل البناء والعراس بلا خلاف وكذلك اذا قال بما فيها أو مع ما اشتملت عليه حدودها أو حوته اقطارها وان قال بعثكها بحقوقها فالحكم كذلك على المشهور وصرح الشيخ أبو حامد بنى الخلاف فيه وكذلك يقتضيه إيراد أكثر الاصحاب لكن الامام حكى أن من أئمتنا من قال لا يدخل محتجاً بما قاله القاضي حسين قبله على سبيل الاشكال أن اسم الحقوق انما يقع على الطريق ومجارى الماء وما أشبهها ورأى الامام أن هذا أقيس وهو كما رأى الا أن يثبت عرف عام باستتباع الأرض للشجر أو

اختيار الحيوان ومباشرته وأنه لا يقصد بالنقل ذلك، أما اذا كان نقله الى مسبعة فافتقره سبع فقد حكى صاحب الكتاب وجهين الخافا بالوجهين فى مسألة شروق الشمس (والمشهور) من مذهبن أن لا ضمان وانما يوجب أبو حنيفة (وأما) قوله وكذلك تقول اذا غصب الأمهات وحدثت الزوائد بالاولاد في يده مضمونة فهذا وان كان مذكوراً على سبيل الاستشهاد لكنه يشتمل على مسألة مقصودة فى الباب وهى أن زوائد المغصوب منفصلة كانت كالولد والثمره والبيض أو متصلة كالسمن وتعلم الصنعة مضمونة على الغاصب كالأصل سواء طالبه المالك بالردة أو لم يطالبه وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة هى أمانة لا يضمنها إلا بما يضمن سائر الأمانات ويروى مثله عن مالك * لنا ان غصب الأم يتضمن منع حصول الولد من يد المالك فليكن كازالة يده عنه كما أن من غر بحرية أمة فأحبها كان الولد حراً وضمن قيمته لأنه باعتقاد حرية الأم يقع دخول الولد فى ملكه فجعل كاتلاف ملكه وأيضاً فان اليد العادية مضمونة كاتلاف ثم الاتلاف قد يكون على سبيل المباشرة وقد يكون على سبيل التسبب وكذلك اليد واثبات اليد على الأصول تسبب إلى إثبات اليد على الأولاد فليتعلق به الضمان وهذا معنى قوله فى الكتاب وكان ذلك تسبباً إلى إثبات اليد واستشهد بالمسألة بقوله ان ذلك يتوقع فيقصد ولتطرد هذه القاعدة ذهب بعضهم الى أنه اذا غصب هادى القطيع فتبعه القطيع أو البقرة فتبعها العجل يضمن القطيع والعجل *

بدخولها تحت اسم الحقوق وهو بعيد وقد رأيت ابن حزم الظاهري ادعى الاجماع في كتابه المحلى على أن من اشترى أرضاً فهي له بكل ما فيها من بناء قائم أو شجر ثابت وهذه دعوى منكرة وهي باطلاً فيها تشتمل ما إذا قال بحقوقها ولما إذا لم يقل بل هي ظاهرة في الثاني والخلاف مشهور في المذهب كما سيأتي ولم يلغني في هذه المسألة شيء عن العلماء المتقدمين بل مذهب أبي حنيفة ومالك استتباع الأرض للفراس والبناء كما نص عليه الشافعي والحنابلة صنعوا كصنع الشافعية ولعلمهم تبعوهم في ذلك فإن لم يكن في المسألة اجماع كما ادعاه ابن حزم فلا شك أن للنظر فيها مجالاً ولا فيلغو ما أثبتته الاصحاب من التخريج ولا تصير المسألة بذلك من مسائل الخلاف وإن كان القياس يقتضيه كما نقوله فيما بعد وقاله الامام هنا وإن لم يقل بحقوقها فقد اختلف الاصحاب على طرق (احداها) أن البناء والفراس لا يدخلان في البيع ولا في الرهن لأن اسم الأرض لا يشمل ذلك لغة ولا عرفاً ولا دليل على تبعيتها لها من عرف ولا غيره فلا وجه للدخول وهذا هو القياس وهي طريقة أبي العباس

قال ﴿أما اثبات اليد فهو مضمن * وإذا كان عدواناً فهو غضب * والمودع إذا جحد فهو من وقت الجحود غاصب * واثبات اليد في المنقول بالنقل الا في الدابة فيكفي فيها الركوب (و) * وفي الفرش الجلوس عليه فهو غاية الاستيلاء * وفي العقار (ح) يثبت الغصب بالدخول وازعاج المالك * وإن أزعج ولم يدخل لم يضمن * وإن دخل ولم يزعج ولم يقصد الاستيلاء لم يضمن * وإن قصد صار غاصباً للنصف والنصف في يد المالك * والضعيف إذا دخل دار القوى وهو فيها وقصد الاستيلاء لم يضمن * لأن المقصود غير ممكن * وإن لم يكن القوى فيها ضمن لانه في الحال مستول وأثر القوة في القدرة على الاتراع * فهو كما لو غضب قلنسوة ملك ضمن في الحال *﴾

السبب الثالث اثبات اليد العادية وينقسم الى مباشرة بأن يغصب الشيء ويأخذه من ماله الى التسبب وهو في الأولاد ويتأيد بالزوائد كما مر أن اثبات اليد على الأصول ينسب الى اتباعها على الفروع (وقوله) في الكتاب اثبات اليد فهو مضمن يعني اثبات اليد العادية كما ذكر في أول الركن لا مطلق اثبات اليد (وقوله) فإذا كان عدواناً فهو غضب يعني إذا كان عدواناً بمباشرة ويمكن أن يحمل قوله ان اثبات اليد مضمون على أنه جهة للضمن في الجملة فإذا انضمت اليه العدوانية فهو غضب اما المباشرة أو التسبب وهذا أحسن واللفظ اليه أقرب لكننا صرح بالأول في الوسيط والظاهر أنه أراد ههنا ما صرح به هناك (وقوله) وإذا جحد فهو من وقت الجحود غاصب هذه الصورة وحكمها مذكورة في الوديعة والداعي الى ذكرها في هذا الموضع أن أبا حنيفة يقول غاصب الأصل وإن أثبت اليد على الولد لسكره لم تنزل يد المالك فيه والغصب عبارة عن ازالة يد المالك فمنع الأصحاب اعتبار قيد ازالة

ابن سريج لكنها خلاف ظاهر نص الشافعي فانه قال في الأم والمختصر وكل أرض بيعت فلمشتري جميع ما فيها من بناء وأصل فاحتاج من ذهب إلى هذه الطريقة أن يحمل قول الشافعي في البيع على ما إذا قال بمحقوقها (وقوله) في الرهن على ما إذا أطلق لكن يتوجه على هؤلاء من الأشكال ما أورده القاضي حسين وغيره أن ذلك إذا لم يدخل عند الإطلاق ينبغي أن لا يدخل ولو قال بمحقوقها لأن اسم الحقوق لا يشملها وإنما يشمل للمر ومسيل الماء ومطرح القمامات وما أشبهها وهو اشكال قوى وحينئذ تكون هذه الطريقة مخالفة لنص الشافعي ولما نقلناه عن مذهبي أبي حنيفة ومالك وما اقتضاه إطلاق من نقل الإجماع ان ثبتت عن المتقدمين وقد جعل الامام والعزالي في الوسيط هذه الطريقة هي الأصح وشذا في ذلك وان كان القياس يقتضيه وعمري إن لم يثبت إجماع أو نص فالحق ما قالاه وقد جهدت

في الغصب واحتجوا عليه أن المودع من وقت الجحود غاصب وبأنه لو طولب بولد المغصوب فامتنع كان غاصباً وان لم تول يد المالك ولم ينزع أن يقول لا غصب في الصورتين لكنه يضمن ضمان المغصوب لتقصيره في الأمانة في الجحود والامتناع ثم تكلم فيما تثبت به اليد العادية في العقار والمنقول (أما المنقول) فالأصل فيه النقل لكن لو ركب دابة الغير أو جلس على فراشه ولم ينقله فقد حكي الامام فيه وجهين (أحدهما) أنه لا بد من النقل كما أنه لا بد منه في قبض المبيع وسائر العقود (وأصحها) وهو المذكور في الكتاب أنه يكون غاصباً لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء ولمن نصره أن يجب عن احتجاج الأول بأن القبض في البيع له حكم دخول في ضمانه وذلك حاصل بالركوب والجلوس من غير نقل (والثاني) تمسكه من التصرف بالركوب إما أن يكون باذن البائع أو دون إذنه فان إذن البائع فالتسكن حاصل وان لم يأذن فلا يتمكن لكن الحكم في النقل بغير إذنه مثله فاذا افرق ويشبه أن تكون المسألة مصورة فيما اذا قصد الراكب أو الجالس الاستيلاء أما اذا لم يقصده ففي التهمة في كونه غاصباً وجهين قال وهذا اذا كان المالك غائباً أما اذا كان حاضراً فان زحجه وجلس على الفراش ضمن وكذا ان لم يزحجه وكان بحيث يمنعه من دفعه والتصرف فيه وقياس ما سيأتي في نظيره في العقار أن لا يكون غاصباً الا لنصفه وأما العقار فاما أن يكون ماله فيه أو لا يكون ان كان فيه فأزعجه ظالم ودخل الدار باهله على هيئة من يقصد السكنى فهو غاصب سواء قصد الاستيلاء أم لم يقصد فان وجود نفس الاستيلاء يغني عن قصده ولو سكن بيتاً من الدار ومنع المالك عنه دون باقي الدار فهو غاصب لذلك البيت دون باقي الدار فان أزعج المالك لكنه لم يدخل الدار فقد أطلق ههنا وفي الوسيط أنه لا يضمن واعتبر دخول الدار في غصبها لكن قدم في البيع انه لا يعتبر في قبض العقار دخوله والتصرف فيه وانما المعتبر التمكن من التصرف بالتخلية وتسليم المفتاح

في تطلب نفس هذه المسألة فلم أجده إلا نصه صلى الله عليه وسلم علي أن من باع نخلا مشرة فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع والاصحاب يفرقون بأن البناء والغراس يراد للتأييد بخلاف الثمرة وقد يحتجون به لأنه اقتضى بمفهومه دخول الثمرة غير المؤبرة في البيع ولا يشملها اسم الدخلة ولكن لاتصالها بها والبناء والغراس كذلك والطريقة الثانية نقل جوابه من البيع إلى الرهن ومن الرهن إلى البيع وتخرج المسألتين على قولين (أحدهما) يدخل البناء والشجرة عند الاطلاق في البيع والرهن لأن البناء والشجر بمنزلة أجزاء الأرض وأجزاء الأرض تدخل عند الاطلاق فكذلك هذه والقول الثاني ان الأرض مبيعة ومرهونة دون ما فيها لعدم تناول الاسم وهاتان الطريقتان مشتركتان في التسوية بين البيع والرهن وعدم الفرق بينهما على خلاف ما يقتضيه نص الشافعي وإيراد الحنابلة في كتبهم يوافق

اليه وإذا كان حصول التمكين بتمكين البائع قبضاً وجب ان يكون حصوله بالتسليط في أخذ المفتاح بالقرع غصباً وان لم يوجد الدخول وهذا ما يدل عليه كلام عامة الأصحاب فانهم لم يعتبروا الاستيلاء ومنع المالك عنه ولم يذكر الامام المسألة كما ذكرها صاحب الكتاب ولكن قال لا يحصل الغصب بنفس الازعاج فإنه بمثابة منع المالك عن ماشيته وحمل هذا على ما ذكره الا كثرون هين ولو لم يزعج المالك ولكنه دخل واستولى مع المالك كان غاصباً لنصف الدار لاجتماع يدها واستيلائها عليه نعم لو كان الداخل ضعيفاً والمالك قوى لا بعد مثله مستولياً لم يكن غاصباً لشيء من الدار ولا عبرة بقصد مالا يتمكن من تحقيقه أما اذا لم يكن مالك العقار فيه ودخل على قصد الاستيلاء فهذا عاصب وان كان الداخل ضعيفاً وصاحب الدار قويا لأن الاستيلاء حاصل في الحال وأثر قوة المالك سهولة إزالته والانتراع من يده فكان كما لو سلب قلنوة ملك يكون غاصباً وان سهل على المالك انتراعها وتأديبه وفيه وجه أنه لا يكون غاصباً لأن مثله في العرف يعد هزاً لا استيلاء وان دخله لا على قصد الاستيلاء لينظر هل يصلح له أو ليتخذ مثله لم يكن غاصباً قال في التتمة لكن لو أنهدمت في تلك الحالة هل يضمها فيه وجهان (وأصحهما) لا بخلاف المنقول وقرق بينهما بأثر اليد على المنقول حقيقة فلا يحتاج في إثبات حكمها إلى قرينة وعلى العقار حكمية فلا بد من تحقيقها من قرينة قصد الاستيلاء وهذا الفرق كأنه راجع إلى الأصح والا فوجهان جاريان في المنقول على ما سبق (وقوله) في الكتاب إلا في الدابة وفي الفرائس ليس القصد من الاستيلاء الدابة والفرائس ولا شيء في المقولات فيكفي على وجه (وقوله) وفي العقار يثبت الغصب معلم - بالخاء - لأن عند أبي حنيفة لا يثبت فيه الغصب لنا ان العقار ثبت عليه اليد فيدخله الغصب كالمنقول (وقوله) بالدخول وازعاج المالك اعتبار الدخول والازعاج جميعاً وفي اعتبار الدخول ماد كرها فيجوز أن يعلم (قوله) بالدخول بالواو وكذا (قوله)

هذه الطريقة الثانية فانهم ذكروا وجهين والقول المنصوص مع الخرج وقد يسميان وجهين وهذه الطريقة الثانية منقولة عن أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل وادعي الشاشي في الحلية أنها أصح الطرق وإن أصح القولين منها أنها تدخل في البيع والرهن جميعاً وكذلك يقتضيه كلام الجرجاني في التحرير قال إن أصح القولين دخوله في البيع والرهن والهبة والطريقة الثالثة أن المسألتين على ظاهرهما إذا أطلق بيع الأرض تبعها ما فيها من البناء والشجر وإذا أطلق رهنها لم يتبعها والفرق من وجهين (أحدهما) إن عقد البيع أقوى لأنه ينقل الملك فجاز أن يستتبع والرهن عقد ارفاق واستيثاق (والثاني) أن المنافع الحادثة لما كانت للمشتري كذلك الموجود في الحال وليس كذلك الرهن لأن المنافع الحادثة لا تدخل وكذلك الثمرة الحادثة تكون للمشتري ولا تكون للرهن وهذه الطريقة

لم يضمن (وأما) الإزعاج فهو غير معتبر في غصب العقار أيضاً ألا ترى أنه لو كان المالك غائباً يوجد الغصب ولا إزعاج ولو استولى مع المالك صار غاصباً للنصف ولا إزعاج بل الاعتبار باليد والاستيلاء حتى لو اقتطع قطعة من أرض ملاصقة لأرضه وبني عليها حائطاً وأضافها إلى ملكه يضمنها إلا أن الاستيلاء في الغالب يحصل بالدخول والإزعاج فلذلك ذكرهما *

قال ﴿ وكل يد تبتنى على يد الغاصب فهي يد ضمان إن كان مع العلم ﴾ وإن كان مع الجهل بالغصب فهو أيضاً يد ضمان * ولكن في إقرار الضمان تفصيل * وكل يد لو ابتني على يد المالك اقتضى أصل الضمان كيد العارية والسوم والشرء * فإن ابتني على يد الغاصب مع الجهل اقتضى قرار الضمان عند التلف * ومالا كيد الوديعة والاجارة والرهن والوكالة لا تقتضي قرار الضمان *

قد مر أكثر صور الفصل في باب الرهن من الكتاب مع الخلاف واتفق ههنا على ذكر ظاهر المذهب وهو أن كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان حتى يتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف وبين أن يطالب من ترتبت يده على يده سواء علم الغصب أو لم يعلم لأنه أثبت يده على مال الغير بغير اذنه والجهل غير مسقط للضمان ثم الثاني إن علم بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب يطالب بكل ما يطالب به الغاصب وإن تلف المغصوب في يده فاستقرار ضمانه حتى لو غرم لم يرجع على الأول ولو غرم الأول رجع إليه إذا لم تختلف قيمته في أيديهما أو كانت في يد الثاني أكثر أما إذا كانت في يد الأول أكثر فلا يطالب بالزيادة إلا الأولى ويستقر عليه وإن جهل الثاني الغصب فإن كان اليد في وضعها يد ضمان كالعارية فيستقر الضمان على الثاني وإن كانت يد أمانة كالوديعة فيستقر على الغاصب وإذا تأملت الشرح هناك علمت قوله وإن كان مع الجهل بالغصب فهو أيضاً يد ضمان بالوإلوه للوجه الذهاب إلى أن أيدي الأمانات لا تقتضي الضمان عند الجهل وكذا (قوله)

منقولة عن أبي اسحق المروزي ونقلها الماوردي والرافعي عن جمهور الاصحاب وقال القاضي أبو الطيب والرويانى انها الصحيحة وقد تعزى لابن أبي هريرة أيضاً واعترض الامام وغيره على الفرق بالقوة والضعف بأن المبيع الاسم يعني فلا معنى للقوة والضعف ومن ضعف هذا الفرق تلميذ المصنف قال لان البيع إنما تظهر قوته فيما يتناوله ورد عليه أما ما لا يتناوله فلا يؤثر فيه ولهذا إذ شرط أن لا يدخل الفراس في البيع لم يدخل وإذا قال في الرهن بمقوقها دخل وما ذكره من أن المبيع في ذلك الاسم ظاهر وكذلك الفرق الثاني لاغ فان المنافع الحادثة تبعها لكونها حادثة في ملك المشتري ولا كذلك الحاصلة عند البيع ألا ترى أن الثمرة الحادثة بعد البيع للمشتري قولاً واحداً والثمره الحاصلة للمؤجرة عند البيع لا تدخل قولاً واحداً واعترض أبو العباس الغزاري على الفرق الاول بان البيع لما قوى

(١) بياض
بالاصل غرر

لا يقتضى قرار الضمان للوجه الذاهب فيها الى القرار (١) واعلم أن الطريق المنسوب الى العراقيين لم يورده الامام ههنا كما سبق في الرهن ولكن نقل عنهم فرقا بين أيدي الامانات على نحو ما تقدم عنهم من التصديق عند دعوى الرد والاعتقاد على ما سبق هناك (وأما) ما يتعلق باللفظ فقوله وكل يد أثبتت على هكذا يوجد في الاكثر ويقراً لكن الابتناء متعدد كالبناء فالوجه أن يقال اثبتت وقد تستعمل اللازمة الابتناء فيمكن أن تراعى الصورة ويقراً اثبتت وقوله تقرير ضمان يعني بصفة الاستقرار (وأما) عند الجهل فهو يد ضمان وفي صفة الاستقرار التفصيل (وقوله) اقتضت أصل الضمان ينبغي أن يكون الضمان ههنا مفسراً باستقرار اليد عليه اذا حصل التلف في يده ثم البدل القيمة تارة والثمن أخرى وهذا لأن الشراء معدود من أيدي الضمان فليكن التفسير ما يشمل الشراء والكلام في تفصيل ما يضمن المشتري من الغاصب وسائر ما يناسبه يأتي في الفصل الثالث من الباب الثاني ان شاء الله تعالى والقرض معدود من أيدي الضمان ولو وهب المغضوب من انسان فتلف في يده فالقرار على على الغاصب في أحد القولين لأن يد الاتهاب ليست يد ضمان وعلى للمتهب في أحصها لأنه أخذه للتمليك ولو زوج الجارية المغضوبة فتلفت عند الزوج ففي مطالبة الزوج بالقيمة طريقان قيل هو كالودع ومنهم من قطع بأنه لا يطالب لأن كون الزوجة في حباله الزوج ليس ككون المال في يد صاحب اليد قال في التهذيب وهو المذهب *

قال ﴿ومهما أتلف الآخذ من الغاصب فالقرار عليه أبداً﴾ الا اذا كان مغروراً * كما لو قدم اليه ضيافة فففيه قولان لمعارضة الغرور والمباشرة * وكذا الخلاف فيما لو غرر الغاصب المالك وقدمه اليه فأكله المالك * وههنا أولى بان يبرأ الغاصب * وكذلك يطرد الخلاف في الايداع والرهن والاجارة من المالك إذا تلف في يده * ولو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء وبرئ

وأزال الملك وجب أن لا يؤثر الا فيما دل عليه اللفظ تقليلاً لضرر البائع بتفويت الملك عليه بخلاف الرهن فإنه أقل ضرراً لبقاء الملك فيكون مقتضى الفرق عكس المدعى وأبدى ابن الرفعة فرقا واعتبط به بحيث أنه ذكره في كتابه في غير هذا الموضع حذراً من اخترام المنية قبل الوصول في الشرح اليه ثم لما وصل اليه هنا ذكره وهو أن لفظ الأرض يشمل الاس والمغرس فلو بقي البناء والشجر للبائع لخلا الاس والمغرس عن المنفعة وتكون منفعتهما مستثناة لا إلى غاية معلومة فإنه لا يمكن قلع البناء والشجر لأنه محترم يراد للبقاء ولا تبقيته باجرة لأنه حين أحدثه أحدثه في ملكه فإذا كان الاس والمغرس بهذه المثابة لا يصح بيعه مفرداً باتفاق فوجب إذا ضم الى مبيع خلا عن ذلك أن يبطل في الجميع للجهالة بالثن فلما أفصي محذور الاخراج إلى هذا حكم بالاندراج حرصاً على تصحيح العقد كما أدرج

الغاصب * وكذا لو وهبه منه فإن التسليط تام * ولو قال هو عبدى فاعتقه فقد قيل لا ينفذ عتقه لأنه مغرور * وقيل ينفذ ويرجع بالغرم * وقيل لا يرجع بالغرم * ﴿

عرفت حكم قرار الضمان عند تلف المغصوب في يد من ترتبت يده على يد الغاصب أما اذا أتلفه فينظر ان استقل به فقرار الضمان عليه لأن الاتلاف أقوى من اثبات اليد العادية فان حمله الغاصب عليه كما اذا غصب طعاماً فقدمه الى انسان ضيافة حتى أكله فالقرار عليه أيضاً ان كان عالماً وان كان جاهلاً فقولان (أحدهما) أن القرار على الغاصب لأنه غره حيث قدم الطعام اليه وأوهم أنه لاتبعة فيه ويروى هذا عن القديم وبعض كتب الجديد (واصحهما) وهو المشهور من الجديد وبه قال أبو حنيفة والمزني ان القرار على الآكل لأنه التاف واليه عادت منفعته فعلى هذا اذا غرم لم يرجع على الغاصب والغاصب اذا غرم يرجع على الآكل وعلى الاول الحكم بالعكس وهذا اذا قدم الطعام ولم يذكر شيئاً أما اذا قدمه وقال هو ملكي ففي رجوع الآكل على الغاصب القولان ولو غرم الغاصب قال المزني يرجع على الآكل وغلظه الاصحاب لان في ضمن قوله انه ملكي اعتراف بأنه مظلوم بما غرم والمظلوم لا يرجع على غير الظالم ولو وهب للمغصوب من غيره وأتاهه ففيه القولان وأولى بأن يستقر الضمان على المتهب لحصول الملك له ولو قدم الطعام للمغصوب الى عبد انسان فأكله فان جعلنا القرار على الحر اذا قدمه اليه فأكله فهذه جناية من العبد يباع فيها والا فلا يباع وإنما يطالبه الغاصب كما لو قدم شعيراً مغصوباً الى بهيمة غيره من غير اذن مالكها ولو غصب شاة وأمر قصاباً فذبحها جاهلاً بالحال فقرار ضمان النقصان على الغاصب ولا يخرج على الخلاف في أكل الطعام لأنه ذبح للغاصب وهناك انتفع به لنفسه ولو أمر الغاصب انساناً فأتلف المغصوب بالقتل والاحراق ونحوها ففعله جاهلاً بالغصب فمنهم من جعله على القولين في أكل الطعام والاصح القطع بأن القرار

الحمل في البيع وان لم ينتظم اسم الشاة والجارية طلب للتصحيح وحذراً من الابطال بل للحمل غاية تنتظر ومع ذلك أدرج ولا غاية ههنا تنتظر وهذا المعنى مفقود في الرهن لان الرهن لا يستحق شيئاً من منافعه حتى يكون استيفاء البناء والغراس مخرجاً للعقد عن وضعه ثم اعترض على نفسه بأنه لا يجعل هذا المحذور مانعاً من دخول المغرس والاس ويحمل البيع على ماسواها طلباً للتصحيح وأجاب بأن اللفظ يتناول المجموع وهذا يضعف عنه فلم يمكن ابطاله به وقد بقي عليه في هذا الكلام أمرين (أحدهما) ذكره وهو أن القائل بعدم دخول البناء والشجر يحتمل أن يقول بعدم دخول المغرس والاس وقد ذكر صاحب التتمة فيما اذا باع الارض خلا البناء والشجر أن المغرس والاس هل يبقى على ملكه فيه وجهان كالوجهين في بيع البناء والغراس وذكرهما القاضي حسين ورتبتهما على بيع

على التلّف لأنه محذور بخلاف الاكل ولا وقع للتفريق مع الحظر ثم في الفصل صور (أحدها) لو قدم الطعام المغصوب الى مالكه فأكله جاهلاً بالحال فأت قلنا في التقديم الى الأجنبي ان القرار على الغاصب لم يبرأ الغاصب ههنا وان جعلنا القرار على الآكل برىء الغاصب ههنا وبه قال أبو حنيفة وربما نصر العراقيون الاول لكن قد سبق في المسألة المبني عليها أن الاصح ثبوت الاستقرار على الآكل وحكى الامام عن اصحاب انهم رأوا البراءة ههنا اولى من الاستقرار وههنا تصرف المالك في ضمن اتلافه يتضمن قطع علاقة الضمان عن الغاصب وتابعه صاحب الكتاب على ذلك وبنا على هذه الاولوية تردد الشيخ أبي محمد فيما اذا أودع أو رهن أو أجز المالك وهو جاهل بالحال فتلف المغصوب عنده لان يد المالك اذا ثبتت قطعت أثر الضمان وظاهر المذهب أن الغاصب لا يبرؤ في هذه الصور كما أن الضمان لا يتقرر على الأجنبي وعلى عكسه لو باع أو أقرض أو أعار من المالك فتلف عنده يبرأ الغاصب ولو دخل المالك دار الغاصب فأكل طعاماً على اعتقاد أنه طعام الغاصب فكان طعامه للمغصوب يبرأ الغاصب لأنه أتلف مال نفسه في جهة منفعته من غير تقرير من الغاصب ولوصال العبد للمغصوب على مالكه قتلته المالك لم يبرأ الغاصب من الضمان سواء علم أنه عبده أو لم يعلم لأن لا ذلوف بهذه الجهة كاتلاف العبد نفسه ولهذا لو كان العبد لغيره لا يضمنه وفيه وجه أنه يبرأ عند العلم لا تلافه مال نفسه في مصالحته (الثانية) لو زوج الجارية المغصوبة من مالكها وهو جاهل فتلفت عنده فهو كما لو أودع المغصوب عنده فتلف ثم لو استولدها نفذ الاستيلاد وبرىء الغاصب ومنهم من أثبت فيه خلافاً وهو قريب من الخلاف الذي ذكره في إعتاقه (الثالثة) لو قال الغاصب للمالك العبد المغصوب أعتقه فاعتقه جاهلاً بالحال ففي نفوذ العتق وجهان (أحدهما) أنه لا ينفذ لأنه لم يرض باعتاق عبده (وأصحها) النفوذ لاضافة العتق إلى رقيقه والعتق لا يدفع بالجهل وعلى هذا فوجهان

الغراس (ان قلنا) يستتبع المغرس فهنا أولى والا فوجهان (والفرق) أن اللفظ ههنا توجه نحو البناء والشجر فتوى على التبعية بخلافه فيما يتلف وكذلك قال الخوارزمي ان الاصح أنه لا يبتى فقد ظهر مما قاله أن للمانع أن يمنع لو لم يدخل البناء والشجر لزوم المحذور المذكور (الثاني) أنه ليس يلزمه من السوق الى تصحيح العقود ادراج شيء في العقد لم يقتضه العقد لا لفظاً ولا عرفاً والحمل إنما دخل لاقتضاء العرف له وأما هنا فإن أدخلنا البناء والشجر أدخلنا ما لم يدل عليه لفظ العاقد لغة ولا عرفاً وان أخرجناه وأدخلنا المغرس لزم المحذور الذي أبداه على رأيه وان أخرجنا المغرس خالفنا لفظ العقد وشموله له فلم يبق الا فساد العقد وقد يقال أن افساد العقد أيضاً محذور ولم يصير اليه صائر فلم يبق الا

(أحدهما) أنه لا يبرأ الغاصب عن الضمان بل يرجع المالك عليه بالغرم لأنه لم يرض بزوال ملكه (وأصحها) البراءة لانصرافه إلى جهة صرفه اليها بنفسه وعادت مصلحتها اليه ولو قال أعتقه عني وفعل جاهلاً فني نفوذ العتق الوجهان ان نفذ فني وقوعه عن الغاصب وجهان قال في التتمة الصحيح المنع ولو قال المالك للغاصب أعتقه عني أو مطلقاً فاعتق عتق و برى الغاصب *

قال ﴿ الركن الثاني في الموجب فيه ﴾ وهو كل مال مغبوب * وينقسم إلى الحيوان وغيره * فالحيوان يضمن قيمته حتى العبد يضمن عند التلف والاتلاف بأقصى قيمته ولو قطع الغاصب إحدى يدي العبد التزم أكثر الأمرين من نصف قيمته أو أرش النقصان لانه تلف تحت يده إذا قلنا جراح العبد مقدر * ولو سقطت يده بأفة سماوية لا يضمن إلا أرش النقصان * ولا يجب في عين البقرة والفرس إلا أرش النقص * ولا يضمن الخمر لذي ولا مسلم * ولكن يجب ردها إن كانت محترمة * ولا يراق على أهل الدمة الا اذا أظهروها * فان أريق فلا ضمان * وكذلك للملاهي اذا كسرت * فان أحرقت وجب قيمة الرضاض لأنه غير جائز * وكذا في الصليب والصنم والمستولدة والمدبر * والمكاتب ملحق في الضمان بالعبد القن ﴿ *

في الموجب فيه قال حملة المذهب المضمونات قسماً (أحدهما) مالم يس بال وهو الاحرار فيضمنون بالجناية على النفس والطرف بالمباشرة تارة وبالسبب أخرى والقول في هذا القسم يسط في الجنائيات (والثاني) ما هو مال وينقسم الى الاعيان والمنافع والأعيان قسماً الحيوان وغيره والحيوان قسماً الآدمي وغيره أما الآدمي فتضمن النفس والطرف في الرقيق بالجناية كما يضمن الحر ويضمن أيضاً باليد العادية وبذل نفسه قيمته بالغة ما بلغت سواء قتل أو تلف تحت اليد العادية وأما الاطراف والجراحات فتتقسم الى ما يتقدر واجبه من الحر والواجب فيه من الرقيق ما ينقص قيمته سواء حصل بالجناية أو تحت اليد العادية وإلى ما يتقدر من الحر مما يحصل منها بجناية فيه قولان (أصحها) وهو الجديد أنه

النظر في أخف الحذورات الثلاثة يلتزم بالحكم بادخال البناء والغراس حكم باثبات أمر زائد على مدلول لفظ العاقد لم يتعرض له باثبات ولا نفي فليس فيه مخالفة اللفظ نفي ما يقتضيه أو أدات ما ينفيه أما اثبات شيء لم يتعرض له اللفظ باثبات ولا نفي فلا يقال فيه مخالفة ولا موافقة أما الحكم باخراج الغراس والاس فهو اخراج لبعض ما تناوله فكان مخالفاً له فكان الاول اولى وهو الحكم بتبعية البناء والغراس هذا ان ثبت أنه لا يمكن ادخال الاس والغراس مع اخراج البناء والشجر وهو القسم الثالث بما ابداه وفيه نظر فانه يمكن أن يقال ان الاس والغراس كل منهما قابل للانتفاع به في الجملة بحفر سرب من تحت البناء وأخذ تراب ذلك المكان ووضع بدله بحيث لا يضر بالبناء وأشباه ذلك فلم تعدم المنفعة بالكلية الا ترى أن القاضي حسين قال في فتاويه انه اذا باع عشرة اذرع من أرض عمقا في عرض ذراع صح والبايع أن ينتفع بأرضه ما جاوز عشر اذرع عمقا بأن يحفر تحت عشر اذرع بئراً أو مبنياً على الوجه الذي يمكنه الانتفاع والله اعلم * وقوله ان الاس والغراس اذا كانا بهذه المثابة لا يصح بيعه باتفاق بناء على المقدمة التي أخذها مسألة وقد عرفت المنع المتجه عليها وينبغي اذا تم ما قلناه في المنفعة من الوجه المذكور أن يصح البيع اذا كان ذلك المكان مرئياً قبل ذلك الرؤية العتبرة في البيع (فان قلت) انه غير مقدور على تسليمه لوجوب بقاء الشجر والبناء

يتقدر من الرقيق أيضاً والقيمة في حقه كالدية في الحر فيجب في يد العبد نصف قيمته كما يجب في الحر نصف ديته وعلى هذا القياس (والثاني) وينسب الى اختيار ابن سريج أن الواجب ما ينقص من القيمة كما في سائر الأموال وما يحصل تحت مجرد اليد العادية كما اذا غصب عبداً فسقطت يده بأفة سهاوية فالواجب فيه قدر النقصان وفيه وجه أنه اذا كان النقصان أقل من المقدّر وجب ما يجب على الجاني والمذهب الاول لان ضمان اليد سبيله سبيل ضمان الاموال ألا ترى أنه لا يتعلق به القصاص ولا الكفارة ولا يضرب على العاقلة بحال ولهذا لو كان قدر النقصان أكثر من المقدّر كان هو الواجب بالاتفاق (فان قلنا) بالجديد فلو قطع العاصب يد العبد المغصوب لزمه أكثر الامرين من نصف القيمة أو أرش النقصان لاجتماع السببين حتى لو كانت قيمته ألفاً ونقص أربعائة وجب خمسمائة ولو نقص ستمائة وجب ستمائة ولو قطع يديه فعليه كل قيمته وكذا لو قطع أشييه فزادت قيمته ولو كان الناقص بقطع العاصب ثلثي قيمته فالواجب ثلثا القيمة على القولين (أما) على القديم فلا أنه قدر النقصان (وأما) على الجديد فلنصف واجب بالجناية والسدس باليد العادية ولو كان الناقص بسقوط اليد ثلث قيمته فهو الواجب على القديم وكذا على الجديد جواباً على أصح الوجهين وعلى الثاني الواجب نصف القيمة والمستولدة والمكاتب والمدبر يلتحقون في الضمان بالعبد القن وقال أبو حنيفة المستولدة لاتضمن بالغصب

(قلت) المذهب الصحيح صحة تسليم الأرض المزروعة مع بقاء الزرع فيها والوجه الآخر القائل بعدم صحة تسليمها في تلك الحال لشبهها بالدار المشحونة بالأمته وفرقوا بينهما بأن تفرغ الدار ممكن في الحال وهذا الوجه في الأرض المزروعة لا يأتي في الأرض المغروسة لأن الزرع له أمد ينتظر فاشبهه من بعض الوجوه الأمته التي يمكن قلعها بخلاف الشجر فمقتضى المذهب أنه يصح تسليم الأرض المغروسة إذا كان الغراس باقياً للبائع قولاً واحداً وقد صرح صاحب التتمة أنه إذا باع الأرض واستثنى الأشجار بقيت الأشجار على ما هي عليه ولا يكلف القطع لأنها تراد للدوام وصرح الغزالي أيضاً في الفتاوى بأنه لا يلزمه تفرغ الأرض المبيعة عن الشجر عند ما تكلم في وقف الأرض المشتمة على شجر وإذا ثبت أنه لا يجب التفرغ فالتسليم ممكن على حالها فصح البيع إذا وجدت المنفعة والرؤية وقد عرفت بما ذكرناه عن الغزالي وصاحب التتمة أن ابن الرفعة مساعد على دعواه أنه لا يلزم البائع قلع الشجر لو بقيناه على ملكه على أنى وجدت النسخ من فتاوى الغزالي بذلك مختلفة وفي كثير منها أنه يلزمه تفرغ الأرض باسقاط لا وكأنه غلط من ناسخ وقد نقله الرافعي عنه في كتاب الوقف بأثبات لا وكلام صاحب التتمة غير محتمل وأيضاً فإن الغزالي في الفتاوى إذا باع الدار دون النخلة التي فيها ويكون للبائع حق الاجتياز إليها أنه يصح البيع وهذا صريح في مخالفة ما نقله ابن الرفعة من الحكم بعدم الصحة

لنا القياس على المدبر بجماع بقاء الرق فيهما ألا ترى أنه يملك تزيهها واجارتها وأخذ قيمتها لو قتلت (وأما) غير الآدمي من الحيوانات فالواجب فيها باليد والجنابة القيمة وفيما يتلف من أجزائها ما ينقص من القيمة ولا فرق في ذلك بين نوع ونوع وعن أبي حنيفة أن الأبل والبقر والخيول وماله اللحم والظهر معا يجب في إحدى عينيه ربع القيمة استحساناً وبه قال أحمد في الخيل خاصة (أما) القياس على أطرافها وعلى ماله اللحم وحده كالغنم أو الظهر وحده كالبعال والحمار ولا فرق أيضاً بين مالك ومالك وعن مالك أن في قطع ذنب حمار القاضى تمام القيمة لأنه لا يصلح له بعد ذلك وعن أحمد رواية مثله لنا أن النظر في الضمان إلى نفس المفوت لا إلى أغراض الملاك ألا ترى أنه في وطء جارية الأب بالشبهة مهر المثل كما في وطء جارية الأجنبية بالشبهة وأن تضمن وطء جارية الأب تحريراً عليه (وأما) غير الحيوان فينقسم المثل والمقوم وسيأتى ما يضبطنهما في الركن الثالث بقى من فقه الفصل مسألة وهى أن الحمر والخنزير لا يضمنان للمسلم ولا للذمي خلافاً لأبي حنيفة حيث قال يجب الضمان في أراقه خمر الذمي إن أراقها مسلم ضمنها بالقيمة وإن أراقها ذمي ضمنها بالمثل * لنا أن مالا يضمن للمسلم لا يضمن للذمي كالميتة والدم وأيضاً فإن الحمر ليست بمال ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يريق حيث تجوز الأراقه وحيث لا تجوز ولا تراق خمر هل الذمة إلا إذا تظاهر وأبشرها أو بيعها ولو غصبت منهم

على تقدير عدم دخول الشجر وقال أبو الفضل عبد الملك بن إبراهيم النقدي في المطارحات انه إذا باع داراً فيها نخلة دون النخلة وشرط دخول منبتها في البيع صح ويستحق بقية الشجرة من غير أجره فان اختار صاحب الدار تملك الشجرة بقيمتها أو قلها بالتزام النقصان كان له وأما كونه لا تلزمه الأجرة بتبقيته فكذلك لأنه لو كان مما يبقى بأجرة لكان إذا امتنع من الأجرة يلزم بالقطع فلما ثبت أنه لا يلزم بالقطع استلزم عدم الأجرة نعم في عكس ذلك وهو ما إذا باع الشجرة الرطبة وقلنا بالأصح قلنا انه لا يدخل الغرس فليس للبائع قلع الشجرة مجاناً وهل يجب عليه إبقاؤها ما أراد المشتري أم له قلها بغير رضاه ويغرم ما نقص بالقلع كالعارية وجهان (أحدهما) الأول فيحتمل أن يقال بجريان الوجه الآخر فيما نحن فيه ويحتمل أن يفرق ويقال أنا في كلا الموضعين قصرنا الحكم على ما دل عليه لفظ المبيع ففي بيع الشجرة لا يستتبع حق الإبقاء فكان له القلع على وجه وفي بيع الأرض كان حق الإبقاء ثابتاً فلا يزال بالمبيع فهذا فرق جمع والله أعلم * (فان قلت) اذا الغيت هذه الفروق كلها فما وجه المذهب (قلت) الراجح عندي ما ذهب اليه الامام والعزالي أن البناء والشجر لا يدخلان في البيع ولا في الرهن إلا أن يثبت إجماع على الدخول فيتعين إتباعه ومتى لم يثبت فالقياس ما قدمته وقد يعتضد الدخول بامور ليست بالواضحة (منها) الثمار إذا لم تؤبر داخله في بيع الشجر

والعين باقية وجب ردها وان غصبت من مسلم وجب ردها إن كانت محترمة والالم يجوز بل أريقت لحديث أبي طلحة في خمر اليتام والآت الملهي كالبربط والطنبور وغيرها وكذلك الصليب والصنم لا يجب في إبطالها شيء أصلاً لأنها محرمة الاستعمال ولا حرمة لتلك الصنعة والهيئة اختلفوا في الحد المشروع لأبطالها على وجهين (أحدهما) أنها تكسر وترضض حتى تنتهي إلى حد لا يمكن إيجاد آلة محرمة منها لا الأولى ولا غيرها (وأظهرها) أنها لا تكسر الكسر الفاحش ولكنها تفصل وفي حد التفصيل وجهان (أحدهما) أنها تفصل قدر ما لا تصلح للاستعمال الحرام حتى إذا رفع وجه البربط وترك على شكل قصعة كنى (والثاني) أنها تفصل إلى حد لو فرض إيجاد آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذي يناله في ابتداء الإيجاد وهذا بان يبطل تأليف الأجزاء كلها حتى تعود كما كانت قبل التأليف ويشبهه أن يكون هذا أقرب إلى كلام الشافعي رضي الله عنه وعامة الأصحاب وما ذكرنا من الاقتصار على تفصيل الأجزاء فيما إذا تمكن المحتسب منه أما إذا منعه من في يده وكان يدفع عن المنكر فله إبطاله بالكسر وحكي الامام وفاق الأصحاب على أن قطع الاوتار لا يكتفي لأنها مجاورة لها منفصلة وتوقف في شيئين تقريباً على وجه المبالغة في الكسر (أحدهما) في الصفائح التي توجد في يد من يصنع تلك الآلات لان من بالغ في الكسر عند حصول الهيئة المحطورة قد لا يرى تلك المبالغة في الابتداء (والثاني)

بمفهوم قوله صلى الله عليه وسلم «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» فقد دل هذا المفهوم على استتباع الشجرة للثمرة غير المؤبرة وليست باقية على الشجرة دائماً فاستتباع الأرض للشجر وهو باق فيها دائماً أولى وفي طرق هذا الحديث في البخارى عن نافع مولى بن عمر «إيما نخل يبعث لم يذكر الثمر فالثمر الذى أبرها» وكذلك العبد والحرق والحرق ان كان المراد به ^(١) (ومنها) أن الأرض تطلق كثيراً ويراد بها الأرض مع ما فيها ألا ترى الى قول عمر رضى الله عنه للنبي ﷺ انى أصبت أرضاً بخير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه الحديث وليس مراده الأرض وحدها بل الأرض بما فيها ولذلك قاله النبي صلى الله عليه وسلم «حبس الأصل وسبل الثمرة» فإذا صار ذلك الاسم يطلق على الجميع كثيراً فان وصل إلى حد الحقيقة العرفية فذاك والا فيحمل عليه بقرينة سكوت البائع عن استثنائه فانه لو كان مراده إخراج البناء والشجر مع كره استعمال الأرض مع دخولها لنص على الإخراج فلما لم ينص على ذلك دل على أن مراده الشمول مع كون البائع معرضاً عن البيع وقاطعاً اطعاه عنه بخلاف الراهن وكل من هذين الوجهين ليس بالقوى (أما) الأول فلأن الثمرة غير المؤبرة شبهة بالجزء الحقيقي فهي كالحلل بخلاف البناء والشجر والأصحاب ومن يوافقهم يحاولون تشبيه البناء والشجر بأجزاء الأرض لكونهما مرادين للبقاء وفي الاكتفاء بهذا الوصف مع المفارقة في أمور أخرى نظر (وأما) الثانى فان السكينة ممنوعة (وأما) الإطلاق على سبيل المجاز فلا يمتنع ومع ميل في البحث كما

(١) يياض
بالأصل فحرر

في الصليب لاهما خشبة معروضة على خشبة فإذا رفعت احدهما عن الأخرى فلا معنى للزيادة عليه اذا عرفت ذلك فمن اقتصر في بطاها على الحد المشروع فلا شيء عليه ومن جا وزها فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به وان أحرقها فعليه قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع ولنعهد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب (قوله) وهو كل مال معصوم ظاهره يقتضى حصر ما يجب ضمانه في الاموال وقد عرفت من التقسيم السابق أن الأحرار مضمونون ايضاً وكأنه اراد ما يجب ضمانه بالاسباب المذكورة في اول الباب وحينئذ يخرج الأحرار لا يضمنون باليد العادية وان كانوا مضمونين وأشار بالمعصوم الى أن عصمة المال شرط في وجوب الضمان فلا يضمن مال الحرى وقوله وحتى العبد يضمن عند التالف والاتلاف أقصى قيمته معلم بالحاء لان أبا حنيفة لا يوجب أقصى قيمة المالك على ما بينته في موضعه (وقوله) اذا قلنا جرح العبد مقدر إشارة إلى قوله الجديد (وقوله) لا يضمن الأرض النقصان معلم بالواو (وقوله) ولا يجب في عين البقرة والفرس بالحاء والالف لما ذكرنا والقصد بما ذكرنا التعرض لمذهبهما وانما ذهبنا اليه لاثريه عن الصحابة وتأويله عندنا أن الأرض في الواقعة كان قدر الربع (وقوله) لذي معلم بالحاء (وقوله) ولكن يجب ردها

رأيت الى موافقة الامام والغزالي لأقدم على الجزم به مالم يصح عندي أن أحداً من العلماء المتقدمين ذهب اليه ولا أستحضر الآن عن أحد منهم قولاً بذلك والله أعلم * وفي كلام الرافعي ميل الى ما اختاره الغزالي مع نقله عن عامة الأصحاب أن ظاهر المذهب دخولها وابهم وأن أصح الطرق تقرير النصين فهذا آخر كلامنا على هذه الطريقة وفي المسألة طريقة رابعة أن البناء والغراس يدخلان في البيع وفي دخولهما في الرهن قولان حكاهما أبو الحسن الجوزي مع طريقة القولين قال ابن الرفعة ويشهد لها أن الحمل والثمرة غير المؤبرة تندرج في البيع قولاً واحداً وفي اندراج ذلك في الرهن قولان (النصوص) منها في الأم كما قال البندنجي في الثمرة عدم التبعية (وفي القديم) نص على التبعية ثم أغرب الجوزي فجعل القولين في الرهن في الارض والدار جميعاً معللاً على أحد القولين بأن الدار اسم للعروة ثم قال وقد قيل ان الرهن والبيع سواء وفيهما قولان ومقتضى كلام الجوزي هذا اثبات خلاف في دخول البناء في بيع الدار ورهنها وهذا في غاية البعد فان الدار اسم لمجموع البناء والارض وانما الخلاف اذا ورد العقد على الأرض *

﴿ فرع ﴾ فلما اذا باعه البناء والشجر ولم يتعرض لذكر الارض فيباض الأرض الذي بين البناء والشجر لا يدخل في البيع على المشهور والفرق أن الارض أصل والبناء والشجر فرع والاصل يستتمتع الفرع وقال الامام في كتاب الرهن ان كان ما بين المغارس لا يتأتى افرادها بالانتفاع الا على

يجوز اعلامه بالواو كما تقدم في فصل التحليل في كتاب الرهن وقوله وان اريقته فلا ضمان ضرب تأكيد وبينه على أن لا يضمن الخمر مع المنع من اراقها والا فبقوله لا يضمن الخمر لدمي يفيد النفي الكلي واذا ذكره فلا بأس باعادة اعلامه بالخاء (وقوله) وكذا الملاحى اذا كسرت يعني الكسر المشروع ولفظ الستولادة معلم بالخاء واتلاف الخمر وابطال منفعة الملاحى يخرج عما يضمن بقوله في أول الركن وهو كل مال معصوم *

قال ﴿ ومنفعة الأعيان تضمن بالفوات تحت اليد والتفويت * ومنفعة البضع لا تضمن إلا بالتفويت * ومنفعة بدن الحر تضمن بالتفويت وهل يضمن بفواتها عند حبس الحر وجهان وهو تردد في ثبوت يد غيره عليه حتي ينبني عليه جواز اجارة الحر عند استئجاره إن قلنا تثبت اليد وانه بتسليم نفسه هل يتقرر أجرته * وفي ضمان منفعة الكلب المفصوب وجهان * وما اصطاده بالكلب المفصوب فهو للغاصب على أحد الوجهين * فان اصطاد العبد فهل يدخل أجرته تحته لأن الصيد للمالك فيه وجهان * ولو لئس ثوباً ونقص قيمته فهل تندرج الأجرة تحت النقص فيه وجهان ولو ضمن العبد المفصوب بعد إباقه فهل تسقط عنه أجرته بعد الضمان فيه وجهان *

سبيل التبعية للأشجار فوجهان (وأما) ما كان من الأرض قرار للشجر والبناء ففي دخوله في البيع تبعاً للبناء والشجر وجهان حكاهما الماوردي هنا في قرار البناء والشجر معاً وسيأتي حكايتهما في الشجر عند الكلام في بيع الشجر إن شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ من الشجر ما يغرس بذره في محل فاذا أطلع ينقل من ذلك المحل إلى محل آخر ويغرس فيه ويسمى شتلاً ويقال إن ذلك أنفع له وربما لو بقي في ذلك المكان الأول لم ينفع كما لو نقل فهذا النوع لم يوضع في مكانه الأول للدوام فهل يكون حكمه حكم الشجر الموضع للدوام فيكون تابعاً للأرض أو يكون كالزرع هذا فيه نظر ولم أره منقولاً وينبغي أن يقال إن كان ذلك ينقل من بعض تلك الأرض إلى بعض فيدخل وإن كان ينقل إلى أرض أخرى ولا بقاء له في تلك الأرض المبيعة فلا يدخل والله سبحانه وتعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ حكم الهبة حكم البيع لأنها تزيل الملك فيها وفي الرهن الطرق المتقدمة ذكره الجرجاني *

ثم الكلام في قسم الأعيان من المضمونات (أما) المنافع فهي أنواع (منها) منافع الأموال من العبيد والثياب وغيرها وهي مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية خلافاً لأبي حنيفة حيث قال لا تضمن بالتفويت ولا بالفوات وإنما تضمن بعقد أو شبهة عقد ولما كان حيث قال لا تضمن بالفوات تحت اليد وإنما تضمن بالتفويت والاستعمال لنا أن المنافع مضمونة بالعقد الفاسد وتضمن بالعصب كالأعيان وأيضاً فإنها متقومة ألا ترى أنه يبذل المال لتحصيلها ولو استأجر عينا لمنفعة واستعملها في غيرها ضامننا فاشبهت الأعيان إذا تقرر ذلك فكل عين لها منفعة تستأجر من أجلها يضمن منفعتها إذا بقيت في يده مدة لمنهأ أجره حتى لو غصب كتاباً وأمسكه مدة طالعه أو لم يطالعه أو مسكه شمه أو لم يشم لزمه الأجرة ولو كان العبد المغصوب يحسن صناعات لزمه أجره أعلاها ولا يجب أجره الكل (ومنها) منفعة البضع وهي لا تضمن بالفوات تحت اليد والفرق بينها وبين سائر المنافع أن اليد لا تثبت على منفعة البضع ألا ترى أن السيد يزوج الأمة المنصوبة ولا يؤجرها كما لا يبيعها لأن يد الغاصب حائلة ولو تداعى اثنان نكاح امرأة يدعيان عليها ولا يدعي أحدهما على الآخر وإن كانت سنده وإذا أقرت لأحدهما حكم بأنها منكوحته وذلك يدل على أن اليد لها وأيضاً فإن منفعة البضع تستحق استحقاق ارتفاق للحاجة وسائر المنافع تستحق استحقاق ملك تام ألا ترى أن من ملك منفعة بالاستئجار نقلها إلى غيره بالعوض بأن يؤجر و بغير العوض بأن يعير والزوج المستحق لمنفعة البضع لا يملك نقلها لا بعوض ولا بغير عوض (وأما) إذا فوت منفعة البضع بالوطء ضمن مهر المثل وأخرنا بسط الكلام فيه إلى الفصل الثالث من الباب

﴿ فرع ﴾ إذا باع الأرض وفيها شيء يابس هل يدخل في البيع كغيره أو لا يدخل لانه لا يراد للدوام ولهذا إذا باع الشجرة اليابسة لا يجب تبقيتها لم أر ذلك مصرحاً به والأقرب الى كلامهم الجزم بالثاني ثم يكون حكمه حكم الحجارة المودعة في الأرض اذا علم المشتري بها في وجوب التفريغ والتسوية وغير ذلك اعلى ما سيأتي في الحجارة والله أعلم * فينبغي أن تستثنى الشجرة اليابسة من مطلق قولهم انه اذا باع أرضاً ودخل الشجر كما هي عبارة كثير من الأصحاب (وأما) عبارة المصنف في قول الغراس فقد يقال ان الغراس لا يشمل عرفاً الا الرطب والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ جزم صاحب الاستقصاء بدخول المسناة والسواق وما بنى به طوقها ومسارها من أجر وحجر وما صفر من الآكام والتلال الجارية مجرى الأرض في البيع والرهن وجعل محل الطرق في البناء من قصر وغيره والغراس من نخل وغيره وهذا لم أره لغيره بل كلام الماوردي يقتضي جريان الخلاف فيه فانه قال اذا ثبت على الصحيح من المذهب أن البناء والشجر يدخل في البيع فكذلك كل ما كان في الأرض متصلاً بها من مسناتها سواء كان أجراً أو حجارة أو تراباً وكذا تلال التراب التي تسمى بالبصرة جبالاً وخوخاتها ويسدرها والحائط الذي يحفظها وسواها التي تشرى الأرض

الثاني لان حكم وطء المشتري من الغاصب المذكور هناك وذكر حكم وطء الغاصب معه أحسن في النظم (ومنها) منفعة بدن الحر وهي مضمونة بالتفويت واذا قهر حرّاً واستخدمه في عمل ضمن أجرته وان حبسه وعطل منافعه فوجهان (أحدهما) أنه يضمنها أيضاً لأن منافعه متقومة بالعقد الفاسد فاشبهت منافع الأموال وحكى هذا عن ابن أبي هريرة (وأصحها) المنع لأن الحر لا يدخل تحت اليد بخلاف الأموال ويقرب من هذين الوجهين الخلاف في صورتين (إحداها) لو استأجر حرّاً وأراد أن يؤجره هل له ذلك (والثانية) إذا أسلم المستأجر نفسه ولم يستعمله المستأجر إلى انقضاء المدة التي استأجره فيها هل تنقصر أجرته قال الأكثرون له أن يؤجره وتنقصر أجرته وقال القفال لا يؤجره ولا تنقصر أجرته لأن الحر لا يدخل تحت اليد ولا تحصل منافعه في يد المستأجر وضمانه إلا عند وجودها هكذا أورد النقلة توجيه الخلاف في المسائل الثلاثة ولم يجعلوا دخول الحر تحت اليد مختلفاً فيه ولكن القائلين يجوز إجارة المستأجر وتغريم الاجرة كأنهم بنوا الأمر على الحاجة والمصلحة وصاحب الكتاب جعله مختلفاً فيه وبني الخلاف في المسائل على التردد في دخوله تحت اليد ولم اعثر على ذلك لغيره وبتقدير ثبوته يجوز أن يعلم (قوله) والحر لا يدخل تحت اليد وفي الرهن في الباب الثالث في مسألة موت الحر المزني بها في الطلق من حمل الزنا بالواو وفي دخول ثياب الحر في ضمان من استولى عليه تفصيل مذكور في الكتاب في السرقة *

وأنها التي فيها وعين الماء ان كانت فيها وقال الرافعي لا تدخل مسائل الماء في بيع الارض ولا يدخل فيه سربها من النهر والقناة للملوكين الا أن يشترط أو يقول بحقوقها وكلام الرافعي هذا يجب حمله على المسائل الخارجة عن الارض التي يصل منها الماء الى الارض المبيعة وكذلك القناة والنهر (أما) الدخلة فيها فانه لاشك في دخول أرض النهر والقناة والمسيل (وأما) بناؤها فيدخل على المذهب كما ذكرناه عن الماوردي ويجب أيضاً تأويل كلام الماوردي في النهر والعين فان أرضهما داخله بلا خلاف ولا يجري الخلاف فيهما الا في البناء ان كان ثم نقل الرافعي عن أبي عاصم العبادي أنه حكى وجهاً انه لا يكفي ذكر الحقوق يعني في المسألة التي ذكرها في النهر والقناة ولا خلاف انه لا يدخل النخل المقطوع والشجر المقطوع في بيع الارض من غير شرط كالعبد والامة اذا كانا في الارض وكذلك ما فيها من علف مخزون وتمر ملقوت وتراب منقول وسماذ محمول فكل ذلك للبايع لا يدخل الا بالشرط او يكون التراب والسماذ قد بسط على الارض واستعمل قاله الماوردي والرويانى وان كان في الارض دولاب للماء ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يدخل في البيع كبكرة الدولاب وخشبة الزرقوق والحبل والدلو والبكرة وبه قال ابو حنيفة رضى الله عنه (والثاني) يدخل لاتصاله بها (والثالث) ان كان دولاباً

﴿ فرع ﴾ قال في التهمة لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً من موضع إلى موضع آخر فان لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول فلا شيء وان كان واحتاج الى مؤنة فهو على الناقل لتعديده (ومنها) منفعة الكلب فمن غصب كلب الصيد أو الحراسة لزمه رده مع مؤنة الرد إن كان له مؤنة وهل يضمن منفعته بالاجرة فيه وجهان مرتبان على الوجهين في جواز استئجاره وسيأتي ذكرهما وما اصطاده الغاصب بالكلب المغصوب للمالك على أحد الوجهين كصيد العبد واكسابه والغاصب على أظهرهما لأن الجارحة آلة كما لو غصب شبكة أو قوساً واصطاد بهما ويجرى الوجهان فيما لو اصطاد بالبازي والفهد المغصوبين وحيث كان الصيد للغاصب لزمه أجره المثل للمغصوب منه وحيث كان للمالك كصيد العبد ففي وجوب الأجرة لزم الاصطياد وجهان (أحدهما) لا تجب لأنه إذا كان الحاصل له كانت المنافع منصرفه إليه (وأشبههما) الوجوب لأنه ربما كان يستعمله في غير ما استعمل به ولا تدخل الأجرة فيما اكتسبه ثم الفصل مختوم بقاعدتين (أحدهما) ان كان النقص بسبب غير الاستعمال كما لو غصب ثوباً أو عبداً فانتقصت قيمته بأفة سماوية كما لو سقط العبد بمرض وجب الارش مع الاجرة والأجرة الواجبة لما قبل حدوث النقصان أجره مثله ساياً ولما بعده أجره مثله معيباً فان كان النقص بسبب الاستعمال كما اذا لبس الثوب فابلاه فوجهان (أصحهما) أنهما يجبان أيضاً كما لو حصل النقصان بسبب آخر (والثاني) أنه لا يجب الا أكثر الامرين من أجره المثل وأرش النقصان

صغيراً يمكن نقله صحيحاً على حاله من غير مشقة لم يدخل وإن كان كبيراً لا يمكن نقله إلا بتفصيل بعضه عن بعض ومشقة كبيرة دخل في البيع لأنه يصير للاستدامة والبقاء فاشبه الشجر والبناء حكى ذلك الماوردي وإن كان فيها رحا الماء وقلنا يدخل البناء في بيع الأرض دخل فيه بيت الرحا و بناؤه وهل يدخل الرحا في البيع فيه ثلاثة أوجه (قيل) لا يدخل شيء منه في البيع لاعلوها ولا سفلا كخشب الزرقوق (وقيل) يدخل علوها وسفلا لأنها من تمام المنافع (وقيل) يدخل السفلى ولا يدخل العلوى حكى هذه الأوجه الثلاثة الماوردي وقال صاحب الاستيفاء وقال الصيمري في الايضاح والصحيح أن يقال إن كان ذلك مبنياً أوفى حكم البناء دخل وإن كان بخلاف ذلك لم يدخل فيصير في المسألة أربعة أوجه قال الماوردي وأما دولاب الرحا الذي يديره الماء فيدير الرحا فهو تبع للرحا يدخل في البيع بدخوله ويخرج منه بخروجه والحاقه بالسفل أولى من إلحاقه بالعلو هذا كلام الماوردي وإن قال بعنك هذا البستان أو المحرف أو هذه الجنة دخل فيه الأشجار لأنه عبارة عن الأرض والشجر وفي العريش الذي يوضع عليه وجهان (أحدهما) وهو الأصح أنه يدخل في البيع (والثاني) لا يدخل *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

(٢٩١) بياض
بالأصل فخر

﴿ فان قال بعنك هذه القرية بمقوقها لم تدخل فيها للزراع لأن القرية اسم للابنية دون المزارع ﴾ *
﴿ الشرح ﴾ القرية ^(١) أما الأحكام ^(٢) قال الأصحاب إذا قال بعنك هذه القرية وأطلق دخل في البيع الأبنية وما فيها من المساكن والدكاكين والحمامات والساحات والأرضون التي يحيط بها السور والحصن الذي عليها وهو السور والسور المحيط بها والدروب فإن لم يكن سور فدخل من

لأن النقصان نشأ من الاستعمال وقد قوبل الاستعمال بالأجرة فلا يجب له ضمان أجر والقائل الأول يقول الأجرة لا تجب للاستعمال وإنما تجب لفوات المنفعة على المالك ألا ترى أنها تجب وإن لم يستعمل فإذا لا يلزم وجوب ضمانين بشيء واحد (الثانية) سند ذكر أن العبد المصوب إذا تعذر رده بأفة غرم الغاصب قيمته للحيولة ويلزمه مع ذلك أجرة المثل لمدة التي تمضي قبل بذل القيمة ولما بعده وجهان (أحدهما) أنها لا تجب لأن القيمة المأخوذة نازلة منزلة المصوب فكان المصوب عاد اليه (وأصحهما) الوجوب لأن حكم النصب باق وإنما وجبت القيمة للحيولة فيضمن الاجرة لفوات المنفعة والوجهان جاريان في أن الزوائد الحاصلة بعد دفع القيمة هل تكون مضمونة على الغاصب وفي أنه هل يلزمه مؤنة ردها وفي أن جناية الآبق في إبقائه هل يتعاق ضمانها بالغاصب ولو غيب الغاصب العبد المصوب إلى مكان بعيد وعسر رده وغرم القيمة قال الامام وسيجيء في هذه الصورة المخلاف في الاحكام المذكورة أيضاً (ومنهم) من قطع بوجوب الاجرة وثبوت سائر الاحكام والفرق أن من غيبه باختياره فهو باق في يده وتصرفه فلا تقطع علائق الضمان عنه بخلاف الآبق *

الأرض ما اختلط بينيائها ومساكنها وما كان من أفنية المساكن وحقوقها وفي الأشجار التي في وسطها الخلاف السابق في دخول الأشجار تحت اسم الأرض هكذا قال القاضي أبو الطيب وكثير من الأصحاب منهم الرافعي والرويانى وخالف الامام والغزالي هنا اختيارها فاختارا في هذه دخول الأشجار تحت اسم القرية وان اختارا في اسم الأرض عدم الدخول وهو متجه لأن أهل العرف يفهمون من اسم القرية جميع ما فيها من بناء وشجر وكذلك جزم الماوردى بدخول ما في خلال المساكن من النخل والشجر وهو الحق واستبعد الامام تردد العراقيين في دخول الاشجار ورأى أن ذلك أبعد من التردد في أشجار الدار لأن الأشجار مألوفة في القرى ولا تستجد القرية بالأشجار اسماء والدار تستجد اسم البستان والأعدل ما قاله الماوردى من دخول الأشجار المتخللة للمساكن (وأما) البساتين الخارجة عن القرية فمقتضى كلام الغزالي دخولها فإنه أطلق القول باستتباعها الأشجار وكذلك الامام حكي الخلاف في الأشجار ولم يفصل وغيره يفيد جريان الخلاف فيها لخروجها عن القرية وصلاحيتهما للتبعية وجزم الماوردى بعدم دخولها وهذا الذي قاله الماوردى من دخول الأشجار المتخللة دون الخارجة توسط وهو وجه ثالث إن صح أن الخلاف الاول في الجميع (وأما) المزارع فلا تدخل في البيع ألا ترى أنه لو حلف لا يدخل القرية لم يحنث بدخول المزارع وقد يقول القائل ينبغي تخريج ذلك علي أنه يشترط مجاوزتها في القصر ولكن هذا الاحتمال مندفع فان المدرك في الرخصة خروجه عن حكم الإقامة فما دام في حقوق البلد حكم الإقامة منسحب عليه عند ذلك القائل وان كنت خارجا عن البلد والمبيع ههنا الاسم والقرية مأخوذة من الجميع والمزارع ليس بداخلة فيه بخلاف الابنية وما أحاطت به وفي النهاية أن المزارع تدخل وهو غريب وكذلك يدخل في بيع القرية ضياعها قاله الرويانى هذا إذا أطلق (أما) إذا قال

قال ﴿ الركن الثالث في الواجب ﴾ وهو ينقسم إلى المثل والقيمة * وحد المثل ما تماثل أجزأؤه في المنفعة والقيمة من حيث الذات لا من حيث المنفعة * والأظهر أن الرطب والعنب والدقيق مثلي * وكذا الخبز فان اخلاطه غير مقصودة بخلاف سائر الخلوطات ﴾ *

ما يجب ضمناً ينقسم باعتبار المضمون الي المثل والقيمة فيضمن المثل بالمثل لأنه أقرب إلى التالف والمتقوم بالقيمة والأصحاب في ضبط المثل عبارات (أحدها) أن كل مقدر بكيل او وزن فهو مثلي وتروى هذه العبارة عن أبي حنيفة وأحمد وتنسب إلى نص الشافعى رضى الله عنه لقوله في المختصر وما له كيل أو وزن فعليه مثل كيله أو وزنه (والثانية) زاد بعضهم اشتراط جواز السلم فيه لأن المسلم فيه يثبت بالوصف في الدمة والضمان يشبهه لا يثبت في الدمة (والثالثة) زاد القفال وآخرون اشتراط جواز بيع بعضه ببعض لتشابه الاصلين في قضية التقابل واعترض على العبارات

بحقوقها فالجمهور على أنه لا تدخل المزارع أيضاً بل لابد من النص على المزارع ومن جزم بذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمصنف والماوردي وصاحب التتمة وغيرهم لأن حقوقها ما فيها من البناء والبيوت والطرق ونقل الرافعي عن القاضي ابن كيج دخول المزارع فيما إذا قال بحقوقها وقال عنه وعمما قاله في النهاية إنهما غريبان وقال ابن الرفعة إنه يمكن تنزيل قول الامام بدخولها على ما إذا كانت داخلة في القرية توفيقاً بين المتأين (أما) لو سمي المزارع دخلت قاله القاضي أبو الطيب وغيره وكذلك لو قال بعتك القرية بأرضها أيضاً دخلت المزارع حكى ذلك عن البندنجي والمراد بالمزارع الارضون التي تزرع فيها الخارجة عن القرية (أما) الزرع نفسه فلا يدخل إلا أن يكون له بقاء فالحكم في تبعية هذا كالحكم في تبعيته عند بيع الأرض وهو فيها وسيأتي حكم ذلك قال ابن الرفعة وجزموا يعني العراقيين أنه إذا قل بحقوقها دخل الشجر قولاً واحداً على أصحهم أنها تدخل في مثل هذا في بيع الأرض وقد عرفت عن غيرهم خلافاً في هذا في الأرض فلا يمكن مجيئه هنا لأن القائل بهذا في الأرض جازم بدخول الاشجار في اسم القرية من غير تعرض لذكر الحقوق (قلت) والخلاف في الأرض نقله الامام فيما تقدم عن بعض أئمتنا ومال اليه وسبقه القاضي حسين إلى ذلك والامام هنا قد اختار دخول الاشجار فلا يتأني منه الخلاف كما قل ابن الرفعة لكن بعض الأئمة الذي نقل عنه الامام الخلاف في الأرض لم يتعين حتي يحكم عليه حتى يعرف هل هو جازم بدخول الاشجار في القرية أولاً والقاضي حسين لم أقف له على كلام في مسألة القرية حتى أعرف هل هو من الجازمين بذلك كالامام أولاً لكن مانبه عليه ابن الرفعة جيد في أنه لا يمكننا إثبات خلاف هنا لاحتمال أن يكون الخلف هناك

الثلاث بأن القام والملاق والمعارف المتخذة من الصفر والنحاس موزونة ويجوز السلم فيها وبيع بعضها ببعض وليست مثلية هكذا حكى الامام الاعتراض عن القاضي لكن قدم في باب السلم أن القام ونحوها لا يجوز السلم فيها لاختلافها وانما الجواز في الاسطال الربعة والظروف المضروبة من القوالب فان كان الالتزام بمثلها فلا يعد ممن صار الى العبارات الثلاثة طردها فيها والحكم بأنها مثلية (والرابعة) نقل بعض شارحي المفتاح أن المثليات هي التي تنقسم بين الشريكين من غير حاجة الى تقويم ولك أن تقول هذا مشكل بالأرض المتساوية الاجزاء فانها تنقسم من غير تقويم وليست هي بمثلية (الخامسة) قال العراقيون المثلي مالا تختاف اجزاء النوع الواحد منه في القيمة وربما يقال في الجرم والقيمة ويقرب منه قول من قال المثليات هي التي تتشاكل في الخلقة ومعظم المنافع وما اختاره الامام هو تساوي الاجزاء في المنفعة والقيمة فزاد النظر الى المنفعة وعلي ذلك جرى صاحب الكتاب وزاد قوله من حيث الذات لا من حيث الصنعة وقصده الاحتراز من الملاق والمعارف

جازما هنا كالامام فمتي لم تتحقق من شخص معين الخلاف في المسألتين لم يجوز إثبات الخلاف مع الشك والله سبحانه وتعالى أعلم *

(فرع) الحكم المذكور في اسم القرية جار في اسم الدسكرة كما ذكره الخراسانيون والدسكرة بناء كالقصر حوله بيوت * قال المصنف رحمه الله *

(وان قال بعثك هذه الدار دخل فيها ما اتصل بها من الرفوف المسمرة والحوالي والاجاجين المدفونة فيها للانتفاع بها وان كان فيها رحا مبنية دخل الحجر السفلا في بيعة لانه متصل بها وفي الفوقاني وجهان أحدهما أنه يدخل وهو الصحيح لأنه ينصب هكذا فدخل فيه كالباب والثاني لا يدخل لانه منفصل عن المبيع ويدخل الفلق المسمر في الباب وفي المفتاح وجهان أحدهما يدخل فيه لانه من مصلحته فلا ينفرد عنه والثاني لا يدخل لانه منفصل فلم يدخل فيه كالدلو والبكرة وان كان في الدار شجرة فعلى الطرق الثلاثة التي ذكرناها في الارض *

(٢٥٨) بياض
بالاصل فخر

(الشرح) الخوالي والاجاجين يجمعين وهي الاواني التي تغسل فيها الثياب قال ابن معن وتسمى المراحض والمقصود هنا كل ما ثبت من ذلك للصنع أو الدبغ أو العجن أو لخراج الشيرج من كسب السمسم ونحو ذلك والفلق (١) والبكرة (٢) أما الاحكام فقال الاصحاب إذا قال بعثك هذه الدار دخلت في البيع الارض والابنية على تنوعها سفلا وعلوها حتى يدخل الحمام المعداد من مرافقها وحكي عن نضه أن الحمام لا يدخل وحمله الاصحاب على حمامات الحجاز وهي بيوت من خشب تنقل في الاسفار فاما الحمامات المبنية من الطين والآجر اذا كان بحيث لا يمكن نقله فانه يدخل في العقد وحكوا أن الربيع حمله على ذلك وفعل الغزالي في الحمام فقال ان كان لا يستقل دون الدار

وصنجات الميزان المتساوية فان تساويهما جاء من حفظ التشابه في الصنعة والا فالصنوعات مختلفة في الغالب ولك أن تقول المعلقة ونحوها لو وردت على الضابط المذكور اما ان ترد لتماثل أجزائها وهي معلقة أو لتماثل جوهرها فقط (والاول) باطل لأن أجزاء المعلقة غير متماثلة في الصنعة وأما (الثاني) فالصفر الذي هو جوهر المعلقة اذا كان مثلياً كان تماثل أجزائه من حيث الذات لا من حيث الصنعة واذا لم تؤثر الصنعة في تماثل الاجزاء فكيف يقل ما تماثل أجزاؤه من حيث الذات لامن حيث الصنعة والحق أن أثر الصنعة في تماثل الاعداد وأوضاع أجزائها لا غير واذا وقفت على هذه العبارات وبحثت عن الأظهر منها فاعلم أن الأولى منقوضة بالمجونات (والثالثة) المتبعة بمجواز بيع البعض ببعض بعيدة عن اعتبار أكثر الأصحاب فانهم أعرضوا عن هذا الشرط وقالوا امتناع بيع البعض ببعض من الرويات لرعاية التماثل في حال الكمال بمعزل عما نحن فيه (والرابعة) لا تدخل لها وأما الخامسة

اندرج وان استقل فهو من الدار كالبناء من البستان يعني فيجرب فيه الخلاف في ذلك واختار ابن الرفعة أن الحمام الخشب الذي لا ينقل لا يدخل لقول الشافعي رضي الله عنه وما كان مما يجب من البنين مثل البناء بالخشب فان هذا متميز كالنبات والحديد فهو لبائعه الا أن يدخله المشتري في صفقة البيع وقال أنه لم ير أحداً من الاصحاب تعرض له وانه فقه ظاهر لان ما كان من أجزاء الارض اذا أثبت فيها وإذا تغيرت صفته كالبن يجعل أجزاء أو لم يتغير كالأحجار والبن يقرب أن يتبعها كما لو كان متصلاً من أصل الخلقة بخلاف ما اذا كان من خشب وان كان الشجر الأخضر يتبع في بيع الأرض لكنه ليس بجزء منها وإنما تبعها لأنه صار كالجزء المتصل بها ولهذا ينمو بها بخلاف البناء (قلت) وقد رأيت النص المذكور في الأم في باب تمر الحائط يباع أصله ولسكني لم أعرف ما معنى قوله يجب من البنين ولا ضبط هذه الكلمة أيضاً عني يجب غير أنه إذا كانت الحمام كلها من خشب وهي مثبتة في الدار لا تنقل ولا تحول كانت كالسور الخشب المسورة التي لا تحول وفي دخولها وجهان (أصحهما) الدخول كما سيأتي وإذا كان كذلك فيكون ما قاله ابن الرفعة موافقاً لأحد الوجهين وليس مما انفرد به عن الأصحاب كما ظن لكن مأخذ الأصحاب القائلين بذلك غير المأخذ الذي ذكره وذلك عندهم في كل متصل مثبت يمكن الانتفاع به بعد انفصاله ولا فرق في ذلك بين أن يكون من خشب أو طين أو غيرها وكذلك طردوه في صندوق رأس البئر وهي الحرة التي على فوهتها والغالب إنما تكون من حجر أو رخام وكذلك طردوه في معجن الحيار والغالب أنه يكون من فخار فهو كالآجر الذي جعله هو من جنس أجزاء الأرض وفرق بينه وبين الخشب وكذلك حجر الرخا وغير ذلك مما

فإن أريد بالأجزاء فيها كل ما يتركب منه الشيء فيلزم أن لا تكون الحبوب مثلية لأنها تتركب من القشور والألباب والقشر مع الباب مثلياً في القيمة والمنفعة وكذا التمر والزبيب لما فيه من النوى والعجم وإن أريد الأجزاء التي يقع عليها اسم الجلة فيلزم أن لا تكون الدراهم والدنانير مثلية لما يقع في الصالح من اختلاف في الوزن وفي الاستدارة والاعوجاج وفي وضوح السكة وخفائها وذلك ما يؤثر في المنفعة والقيمة والنظر إلى الجرم بعيد لأن الحبوب والتمور متاثلة ومعلوم أن نوعاً منها لا يخلو عن اختلاف الحبات في الصغر والكبر فاداً أظهر العبارات الثانية لكن الأحسن أن يقال المثل كل ما يحصره الكيل أو الوزن ويموز السلم فيه ولا يقال كل مكيل أو موزون لأن المفهوم منهما ما يعتاد كيلاً ووزنه فيخرج منه الماء وهو مثلي على الأصح هذا ما يتعلق بالضبط وينشأ من اختلاف العبارات الخلاف في الصفر والنحاس والحديد والآلآت أجزاءها مختلفة الجواهر ولأن زبرها متقاربة الاجرام وفي التبر والسيكة والعنبر والمسك والكافور والثلج والجمد والقطن بمثل ذلك وفي العنب والرطب

ستأتى أمثله حتى لو فرضنا حماما من حجر وهى مثبتة فى الدار وكان يمكن أن تنقل وهى على حالها وينتفع بها اقتضى أن يجرى فيها الخلاف المذكور فى الأمثلة المذكورة ثم أن الشافعى رضى الله عنه إنما ذكر النص المذكور فى الأرض والمعنى الذى أبداه ابن الرقعة وهو اعتبار أجزاء الأرض إنما يتم فيها والكلام هنا إنما هو فى بيع الدار ومن المعلوم أن الدار فى العرف غالباً يشتمل على أجناس من أجزاء الأرض وغيرها ولا يلزم من القول بعدم دخول ما ليس من أجزاء الأرض تحت اسم الأرض القول بعدم دخوله تحت اسم الدار والتحقيق ما قدمته من إلحاقها بالسرى ونحوه والله أعلم * هذا ما يتعلق بالحمام (وأما) الآلات فهى على ثلاثة أضرب (أحدها) ما أثبتت تنمة للدار ليدوم فيها ويبقى كالسقوف والابواب المنصوبة وما عليها متصلاً بها من الأغاليق والحلق والسلاسل والضباب والجناح والدرج والمراقى المعقود من الآجر والجص وغيره (والآخر) المغروس فى الدار والبلاط والطوايق يدخل فى البيع فانها معدودة من أجزاء الدار (الثانى) ما هو مثبت فيها متصل بها ولكن لأعلى هذا الوجه كالرفوف المتصلة وهى المسورة وألتي أطرافها فى البناء والخوابى وأحدثها خابية وهى الزير عند أهل مصر والاجاجين والدقان المبنية للارتفاع بها فى ترك الماء فيها أو غسل الثياب والسلام المسورة والأتاد المثبتة للارتفاع بها فى الأرض والجدران والتحتاني من حجر الرام المثبتة وخشب القصار ومعجن الخباز والسرر المسورة والدرابزين وصندوق رأس البئر وصندوق الطحان وفى جميع ذلك وجهان (أحدهما) وهو الذى جزم به المصنف أنها تدخل لثباتها واتصالها (والثانى) لا تدخل لأنها إنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا تترعرع وتتحرك عند الاستعمال وعند القاضي حسين للعلاق من هذا النوع الذى فيه وجهان وجعله فى كل ما هو متصل ويمكن الارتفاع به بعد

وسائر الفواكه الرطبة لامتناع بيع بعضها ببعض وكذا فى الدقيق والاطهر أنها جميعاً مثلية وفى السكر والفانيد والعسل المصفى بالنار والطحن المشوى الخلاف فى جواز بيع كل منها بجنسه وفى الخبز لامتناع بيع بعضه ببعض وأيضاً للخلاف فى جواز السلم فيه وجعل صاحب الكتاب الاظهر كونه مثلياً بناء على قطع النظر عن امتناع بيع بعضه ببعض ويجوز السلم فيه لكننا أثبتنا الخلاف فى السلم وبيان ذلك الخلاف (وقوله) فإن اخلاطه غير مقصودة بخلاف سائر الخلوطات يعنى المعجونات والقوالى ونحوها والفرق بين ما يقصد اخلاطه وبين ما لا يقصد منه الا الواحد مقرر فى السلم أما الحبوب والادهان والالبان والسمن والخيض والخل لم يستغن فى ايجاده بالماء والزيب والتمر ونحوها فهى مثلية بالاتفاق وكذا الدراهم والدنانير لكن قضية العبارة الثانية اثبات الخلاف فيها لان فى السلم فيها اختلافاً قد تقدم وأيضاً فانهم جعلوا المكسرة على الخلاف فى التبر والسبيكة لتفاوت القراضات فى الجرم ومثل ذلك يفرض فى الصحاح فيلزم مجبى الخلاف فيها وهذا فى الدراهم والدنانير الخالصة أما

الانفصال والاكثرون عدوا الاعاليق من القسم الاول وقد تقدم في حجارة رحا الماء عن صاحب الحاروي وغيره أربعة أوجه ومحملها هناك في بيع الأرض وما نحن فيه في بيع الدار وفصل الماوردي في الحباب المدفونة فقال ان كان دفنها استيداعا لها في الأرض لم تدخل في البيع وان كان دفنها للانتفاع بها على التأنيد كحباب الزياتين والبزارين والدهانين دخلت وهذا جزم منه بأحد الوجهين المتقدمين كيلا يتزعزع ويتحرك عند الاستعمال (الضرب الثالث) المقولات كالذلو والرشا والمجارف والسرر والرفوف الموضوعة على الاوتاد والسلالم التي لم تسمر ولم تطين والاقفال والكنوز والدفائن والصناديق والمتاع ورحا اليد التي تنقل وتحول والخزائن المنفصلة وأقفالها ومفاتيحها والأبواب المقلوعة والحجارة المدفونة والآجر الذي دفن ليخرج ويستعمل وكذا كل ما فصل من آلة البناء من آجر وخشب فلم تستعمل أو كان أبوابا ولم تنصب وجزم الرافعي وجماعة بأن البكرة كالذلو من هذا النوع الذي لا خلاف فيه وحكي القاضي حسين في البكرة وجهين وليس يبعد فان البكرة كالموصل وليست كالذلو فلا يدخل شيء منها في البيع جزماً وفي حجر الرحا الفوقاني اذا كان الرحا مبنياً وجهان (أصحها) عند المصنف وشيخه أبي الطيب والرافعي وهو اختيار أبي اسحق الدخول ومقابله قول ابن أبي هريرة وهما منزعان على قولنا إن التحتاني يدخل (أما ان قلنا) بعدم الدخول فيه ففي النوقاني لأمرى والاقيس عند الامام أن لا يدخل واحد منها وفي مفتاح المعلق المثبت وجهان (أحدها) أنه لا يدخل كسائر المنقولات وهو قول ابن أبي هريرة (وأصحها) عند الرافعي وغيره ويحكي عن صاحب التلخيص وأبي اسحق المروزي أنه يدخل لأنه من توابع المعلق المثبت قال صاحب الحاروي وهكذا كل ما كان منفصلاً

المغشوشة ففي التتمة أن أمرها يبنى على جواز التعامل بها ان جوزناها فهي مثلية والا متقومة لان مالا يملك بالعقد لا يملك بالقبض عوضاً عن التلف *

قال ﴿ ثم ان لم يسلم المثل بعد أن تلف المغصوب حتي فقد المثل ﴾ فقل الواجب أقصى قيمة المغصوب من وقت الغصب إلى التلف * وقيل أقصى قيمة المثل من وقت وجوبه إلى الاعواز * وقيل من وقت الغصب إلى الاعواز * وقيل إلى وقت طلب الضمان ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا يرد القيمة على الاظهر لتام الحكم بالبدل الحقيقي ﴿ *

اذا غصب مثلياً وتلف في يده والمثل موجود فلم يسلمه حتى فقد أخذت منه القيمة والمراد من الفقدان أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواله على ما تبين في انقطاع المسلم فيه وفي القيمة المعتبرة عشرة أوجه (أحدها) أنها أقصى قيمة من يوم الغصب إلى التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة أمثاله بعد تلفه كما في المتقومات (وثانيها) أنها أقصى قيمة من وقت تلف المغصوب إلى الاعواز لان المثل هو

لا يمكن الانتفاع به الا مع متصل بالدار فيه وجهان ورتب القاضي حسين الوجهين في المفتاح على الوجهين في المتصل وأولى بعدم الدخول وفي الواح الدكا كبن مثل هذين الوجهين لانها أبواب لها وان كانت تنقل وترد وقيل تدخل وجها واحداً لانها كالجزء منها حكاه الروياني وهو المذكور في التتمة قال الرافعي والذي يقتضيه العرف الدخول وهذا ميل منه الى الطريقة التي حكاه الروياني وان لم يذكرها وجزم ابن خيران في اللطيف بعدم دخول شريحة الدكان ودراياتها الا ما كان من الدرايات مسمراً والبغوي صحيح الدخول كما اقتضاه كلام الرافعي ولو جعل في الدار مدبغة وفيها أجاجين مبنية فان قال بعثك هذه الدار ففي دخول الأجاجين خلاف مرتب على الخلاف المتقدم فيها حيث لا تكون الدار مدبغة فالدخول ههنا أولى وان قال بعثك هذه المدبغة دخلت الأجاجين قطعاً فان لفظ المدبغة والمصبغة متضمنين للأجاجين المبنية فيها قال الامام ومراقى الخشب اذا أثبتت اثبات تخليد فهي على الاصح كمرقي الآجر والحصى بخلاف السلاطيم وفي التتمة أن في أصل هذه المسائل الخلاف في تجويز الصلاة الى العصا المغروزة في سطح السكبة ان جوزنا فقد عددناها من البناء فتدخل والا فلا قال الرافعي وهذا يقتضي التسوية بين اسم الدار والمدبغة قال ابن الرفعة وفيه نظر لان مأخذ الدخول على هذا ما يشير اليه اللفظ فنزل ذلك منزلة التصريح والدخول ويدخل في بيع الدار التنوير وعبر الشيخ أبو حامد عن هذا التقسيم بعبارة أخرى فقال ما يكون في الدار على ثلاثة أضرب متصل ومنفصل لا يتعلق بمنفعة المتصل ومنفصل متعلق بالمتصل فالاول يدخل والثاني لا يدخل والثالث فيه وجهان كالحجر الفوقاني من الرحا والمفتاح وذكر الروياني في توجيه القول بدخول الحجر الفوقاني القياس على الابواب مع أن الابواب قائمة في الدورات غير مغروزة فيها والقائل الآخر يفرق بأن الابواب البقاء محيط بها وانما تثبت منفصلة ليكن ردها وفتحها *

الواجب الا انه لما فقد تعذر الوصول اليه فينظر إلى قيمته من وقت وجوبه إلى التعذر و يطلق هذان الوجهان على أن الواجب عند اعواز المثل قيمة المغصوب لانه الذي تلف على المالك أو قيمة المثل لانه الواجب عند التلف وانما رجعنا الى القيمة لتعذره وفيه وجهان لابي الطيب بن سلامة (ان قلنا) بالاول اعتبرنا الاقصى من وقت الغصب الى وقت تلف المغصوب (وان قلنا) بالثاني اعتبرنا من وقت تلف المغصوب لان المثل حينئذ يجب الى وقت الاقطاع والاعواز ولفظ الكتاب في حكاية الوجه الاول أقصى قيمة المغصوب وفي حكاية الوجه الثاني أقصى قيمة المثل اشارة الى هذا (وثالثها) وهو الاصح أن القيمة المعتبرة أقصى القيم من يوم الغصب الى الاعواز لان وجود المثل كبقاء عين المغصوب من حيث انه كان مأموراً بتسليم المثل كما كان مأموراً برد العين فاذا لم يفعل غرم أقصى

﴿ فرع ﴾ ذكر الامام أن هذا الخلاف المذكور في الاجاجين المثبتة والحجر الاسفل من الرحا والاسلايم المسمرة يجري في بيع الارض اذا قلنا انه يدخل في بيعها البناء والفراس *

﴿ فرع ﴾ تقدم الخلاف في دخول اثرحا مرتباً ومن ذلك يأتي فيهما ثلاثة أوجه وقال ابن الرفعة انها مفرعة على النص في أن البناء والفراس يدخلان في بيع الأرض (أما) إذا قلنا بعدم الدخول فلا يدخل واحد من الحجرين قولاً واحداً وهذا منه رحمه الله إنما يحسن إذا كان الكلام في دخول ذلك في الأرض ولم يجر لذلك ذكر وإنما كلامنا وحكاية الأصحاب لوجه في ذلك في دخولها تحت اسم الدار حينئذ فينتج الخلاف مطلقاً لأن الأبنية تدرج في بيع الدار إلا على ما قاله الجوزي وذلك ضعيف جداً والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ الميزاب عده صاحب الحاوى مما يدخل فيجتمل أن يكون ملحقاً بالأبواب والضباب فيدخل جزماً ويحتمل أن يكون ملحقاً بالرؤوف المتصلة فيجرى فيها الوجهان ويكون أطلق القول فيه على رأى المصنف في دخولها ويدخل الاختصاص التي على السطح قاله صاحب التتمة *

﴿ فرع ﴾ إذا كان في الدار بئر دخلت لبنها وأجرها قاله القاضي أبو الطيب وغيره ولا خلاف في ذلك ومن صرح بعدم الخلاف فيه صاحب العدة في البئر وسيأتي الكلام في الماء أو صهر يبيع دخل في البيع أيضاً لأنه من جملة بنائها فهو كاخزائن والسقوف ذكره صاحب الاستقصاء ولو كان وراء الدار بستان متصل بالدار لم يدخل في العقد وان قال بحقوقها لأن اسم الحقوق لا يطلق على البستان المتصل بالدار قاله القاضي حسين *

قيمة من المدتين كما أت المنقومات تضمن باقضى قيمتها لهذا المعنى ولا نظر الى ما بعد انقطاع المثل كما لا نظر الى ما بعد تلف المصوب المتقوم (ورابعها) أقصى القيم من الغصب الى وقت تعريم القيمة والمطالبة بها لان المثل لا يسقط بالاعواز الا ترى أن المصوب منه لو صبر الى وجدان المثل ملك المطالبة به وانما المصير الى القيمة عند تعريمها وهذه الواجهة الاربعه هي المذكورة في الكتاب (وخامسها) عن رواية الشيخ أبي محمد أنها أقصى القيم من وقت انقطاع المثل واعوازه الى وقت المطالبة بالقيمة لأن الاعواز وقت الحاجة إلى العدول إلى القيمة فيعتبر الأقصى من يومئذ (وسادسها) أنها أقصى القيم من وقت تلف المصوب الى وقت المطالبة لان الضمان يومئذ يجب (وسابعها) أن الاعتبار بقيمة اليوم الذي تلف فيه للمصوب (وثامنها) أن الاعتبار بقيمة يوم الاعواز لانه وقت العدول الى القيمة ويحكي هذا عن اختبار أبي علي الزجاجي والحناطى والماوردي وأبي خلف السلمي (وتاسعها) أن الاعتبار بقيمة يوم المطالبة لان الاعواز حينئذ يظهر ويتحقق وقد يتبدل لفظ المطالبة والتعريم

﴿ فرع ﴾ وأما حریم الدار فان كانت في سكة غير نافذة دخل ولو كان في الحریم أشجار ففي دخولها الخلاف في دخول الأشجار في الدار وان كانت في سكة نافذة أو في طريق الشارع لم يدخل الحریم قاله القاضي حسين وصاحب التهذيب والرافعي وغيرهم قال الرافعي بل لا حریم لمثل هذه الدار على ما سنذكر في إحياء الموات وقال المتولى ان الأشجار في الطريق النافذ لا تدخل إلا بالتنصيص وفي غير النافذ إن أطلق العقد لم تدخل وان قال بمقوقها دخلت لأن تلك البقعة وما فيها من جملة حقوق تلك البقعة وهذا يقتضى أن الحریم في السكة غير النافذة لا يدخل إلا بالتنصيص وما تقدم عن القاضي حسين والبعوى والرافعي أولى والله أعلم * وقال ابن خيران في اللطيف ان بئر المطار إذا كانت في ملكه خارج الدار لم تدخل في البيع ولا بالشرط وهذا يوافق ما تقدم عن التتمة قاله ابن الرفعة (قلت) قال في شرح الوسيط ثم يكتب بعده وهذا الذي ذكره ابن الرفعة صحيح وليس اعتراض على كلام الأصحاب فان مقصودهم أنه حيث ثبت الحریم هل يدخل هو وأشجاره في بيع الدار أم لا ولا شك أن الحریم ثابت في السكة المنسدة إذا لم يكن فيها إلا تلك الدار وفي الصورة التي فرضها ابن الرفعة أيضاً والله أعلم * قال ابن الرفعة وحيث يدخل حریم الدار في بيع الدار ينبغي أن يدخل حریم القرية في بيع القرية *

﴿ فرع ﴾ إذا اتصل بالدار حجرة أو ساحة أو رحبة قال الماوردي وابن أبي عصرون لم يدخل في البيع لخروج ذلك عن حدود الدار التي لا تمتاز الدار عن غيرها إلا بها ولا يصح العقد إلا بذكرها وهي أربعة حدود في الغالب فان استوفى ذكرها صح البيع وان ذكر حداً أو حدين لم يصح وان

بالحكم والقيمة والمرجع بها إلى شيء واحد (وعاشرها) أنه ان كان منقطعاً في جميع البلاد فلا اعتبار بقيمة يوم الاعواز وان فقد في تلك البقعة فلا اعتبار بقيمة يوم الحكم بالقيمة نقله صاحب المهذب وفيما علق عن الشيخ أبي حامد أن المعتبر فيه يوم أخذ القيمة لا يوم المطالبة ولا يوم التلف فهذا وجه آخر ان كان ثابتاً ويجوز اعلام جميع الوجوه المذكورة في الكتاب - بالحاء - لان البند ينبغي حكي عن أبي حنيفة الاعتبار بقيمة يوم المطالبة والقبض هذا لفظه - وبالألف - لان مذهب احمد كالوجه الثامن ولو غصب مثلياً فتاف والمثل مفقود فالقياس أن يجب على الوحه الاول والثالث أقصى القيم من يوم الغصب إلى التلف وعلى الثاني والسابع والثامن قيمة يوم التلف وان يعود الرابع والسادس والتاسع بحالها وعلى الخامس أقصى القيم من يوم التلف إلى يوم التفریم وعلى العاشر ان كان مفقوداً في جميع البلاد وجب قيمة يوم التلف والقيمة يوم التفریم ولو تلف مثلياً على انسان من غير غصب واثبات يد عليه وكان المثل موجوداً فلم يسلم حتى فقد فعلى الوجه الاول تجب قيمة يوم الاتلاف وعلى الثاني

ذكر ثلاثة فان كانت الدار لا تتميز بالثلاثة بطل وان تبرزت فالصحيح الصحة وفيه وجه أنه باطل (قلت) وفي اشتراط ذكر الحدود اذا كانت الدار معلومة نظر والذي ينبغي الصحة اذا ذكر ما يميزها ويعنيها من التباسها بغيرها وعلى ذلك ينبغي أن تتبعها الحجرة والساحة والرحبة المتصلة بها لاقتضاء العرف ذلك (وأما) اذا ذكر الحدود وخرجت الأمور المذكورة عن الحدود فالأمر كما قال الماوردي ومن حكى الخلاف في مسألة الحدود تبعاً للماوردي الشاشي في الحلية وقال ابن الرفعة ان الذي يظهر من كلام الأصحاب الصحة اذا أطلق من غير ذكر الحدود وتميزت وحكى مع ذلك كلام الماوردي أيضاً والله أعلم بالصواب *

﴿ فرع ﴾ حكاه الماوردي أيضاً اذا اتصل بالدار ساباط على حائط من حدودها ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يدخل كالجناح (والثاني) لا يدخل الا بشرط كالحجرة والساحة (والثالث) وهو تخريج أبي الفياض ان كان كل واحد من طرفي الساباط مطروحا على حائط لغير هذه الدار لم يدخل قال ابن عمر بن وهب وأطلق ابن خيران في الطيف عدم دخول الساباط واذا باع دارا على بابها ظلة مثبتة على جدارها دخل في مطلق بيع الدار خلافا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى قال صاحب العدة وقال لنا انها جزء من الدار واذا دخل الميزاب فيه فهذا أولى *

﴿ فرع ﴾ تقدم أن الاغاليق تدخل في المبيع والمفهوم ما كان مسمراً كالنصب المعهودة والدوار المسمى بالكيلون وتقدم أن افعال الخزائن المنفصلة ومفاتيحها لا تدخل وذلك ظاهر لأن الخزائن

وعلى الثالث أقصى القيم من يوم الاتلاف الى الاعواز وعلى الرابع من يوم الاتلاف الى التفريم والقياس عود الوجوه الباقية ولو أنلفه والمثل مفقود فليقياس أن يقال على الوجه الاول والثاني والثالث والسابع والثامن تجب قيمة يوم الاتلاف وعلى الرابع والخامس والسادس أقصى القيم من يوم الاتلاف الى التفريم وعلى السابع قيمة يوم التفريم وعلى العاشر ان كان منقطعاً في جميع البلاد وجبت قيمة يوم الاتلاف والقيمة يوم التفريم والله أعلم * (ومنها) غرم الغاصب أو المثلث القيمة لاعواز المثل ثم وجد المثل هل للمالك رد القيمة وطالب المثل فيه وجهان (أحدهما) نعم لأن حقه المثل وانما أخذت القيمة للعجز عنه واذا حصلت القدرة عدل اليه كما اذا غرم قيمة العبد الآبق ثم عاد (وأظهرهما) على ما ذكر صاحب الكتاب والقاضي الروياني المنع لان الامر قد انفصل ببذل المثل واذا تم الحكم بالبذل فلا عود الى المبدل كما لو صام المعسر في الكفارة المرتبة ثم أيسر وهذا معني قوله تمام الحكم بالبذل الحقيقي وأراد بتسميته حقيقياً أن القيمة بدل حقيقة عند اعواز المثل لالاتحاق المثل حينئذ بالمتقوم وفي غرامة العبد الآبق ليست القيمة بدلا حقيقة وانما هي مأخوذة لحصول الحيولة بينه

المنفصلة لا تدخل فهي أولى أما الأقفال الحديد المعهودة على الأبواب المثبتة فلا تدخل لأنها منقولة كذلك يقتضيه كلام البغوي في التهذيب وغيره وأطلق ابن خيران في اللطيف وهو ظاهر لأن العرف لا يقتضي دخولها على الاطراد ﴿ تنبيه ﴾ يوجد في بعض المختصرات اطلاق القول بأن المفتاح يدخل في بيع الدار (والصواب) ان ذلك محمول على مفتاح الغلق المثبت كالضبة والدوار كما نهيت عليه (أما) مفتاح الغلق المنقول كالأقفال الحديد الذي ينقل فهو تابع للقفل فلا يدخل على ما تقدم عن صاحب التهذيب وغيره قال ابن الرفعة انه لا خلاف في ذلك *

﴿ فرع ﴾ تقدم عن أبي الحسين الجوزي أنه اذا رهن أرضاً أو داراً ففي دخول البناء قولان ونهيت هناك على غرابته وأنه على مسافة تقتضي جريان ذلك في البيع فان صح ذلك زال الحكم بتبعية أكثر ما ذكرناه لانه اذا لم يدخل البناء لا تدخل هذه الاشياء بطريق أولى لكن هذا بعيد جداً لا يشهد له عرف وأما اللغة ^(١) *

(١) كذا
بالأصل فخر

﴿ فرع ﴾ وأما الشجر ففي دخولها في بيع الدار الطرق الثلاث التي مرت في دخولها في بيع الأرض هكذا قال القاضي أبو الطيب والحاملي والمصنف وغيرهم من العراقيين والقاضي حسين وأرافعي وكان يمكن أن يقال دخول الشجر هنا أولى من دخوله في بيع الأرض لان الدار اسم لجميع ما حواه بناؤه من بناء وشجر وكذلك الأرض وحكي الامام والفزالي الخلاف في المسألة ثلاثة أوجه (ثالثها) انه ان بلغت الأشجار مبلغها تجوز تسمية الدار بستاناً لها لم تدخل في اسم الدار والا دخلت مالا وهذا

و بين حقه وهو المثل فالاجود من الفرق أن يقال العين عين حقه المغصوب والمثل بدل حقه فلا يلزم من تمكنه من الرجوع الى عين حقه تمكنه من الرجوع الى بدل حقه * قال ﴿ ولو أ تلف مثلياً فظفر به في غير ذلك المسكان لم يلزمه الا القيمة * فاذا عاد الى ذلك المسكان لزمه المثل وأخذ القيمة * ولو ظفر به في غير ذلك الزمان جاز طلب المثل لان رد الزمان غير ممكن فتعذر المثل الحقيقي * والمسلم اليه اذا انتقل لم يطالب * وفي مطالبته بالقيمة تردد من حيث انه اعتياض * فان منع فله الفسخ * وطالب رأس المال ﴾

مقصود الفصل أن المثل هل يؤخذ مثله مع اختلاف المسكان والزمان أما المسكان فاعلم أولاً انه لو غصب مثلياً ونقله إلى بلد آخر كان للمالك أن يكلفه رده وله أن يطالب بالقيمة في الحال للحيلولة ثم إذا رده الغاصب رد القيمة واسترده ولو تلف في البلد المنقول اليه طالبه بمثله حيث ظفر به من البلدين لتوجه الطلب عليه برد العين في الموضعين فان فقد المثل غرمه قيمة أكثر البلدين قيمة ولو أ تلف مثلياً أو غصبه وتلف عنده في بلد ثم ظفر المالك به في بلد آخر هل له مطالبته بالمثل الذي ذكره

أعدل الوجوه وهذا منها بناء على ما اختاره أن الشجرة لا تدخل في بيع الأرض على الأصح عندها والافتى قيل بالتبعية في الأرض ففي الدار أولى واقتضى كلام الامام في الاوجه المذكورة أن التفريع على اتباع الاسم أى على أن البناء والشجر لا يدخل في بيع الأرض وما قاله يؤيد ما ذكرته من الاولوية وهو متجه في المعنى الا أن كلام أكثر الائمة من العراقيين وغيرهم فانه يمكن أن تكون الطرق الجارية في استتباع الأرض للبناء والشجر جارية في استتباع الدار للشجر فعلى طريقة الاستتباع يدخل الشجر ههنا وكذلك على القول بالاستتباع من طريقة طرد الخلاف (وأما) على طريقة تقدم الاستتباع أو على القول الموافق لها من طريقة الخلاف فتجوز الأوجه الثلاثة التي ذكرها الامام في استتباع الدار الشجر ومنشأها التردد في أن اسم الدار يشملها لا أنها تدخل تابعة فان التفريع على خلافه وليس في ذلك الا زيادة على ما نقلوه وتفصيل لما أطلقوه وهو حسن وكيفا قدر فالاصح من المذهب الدخول على غير طريقة الامام والغزالي والله أعلم * وقد وقع في التعبير عن الوجه الثالث تفاوت لطيف فعبارة الامام ما قدمتها وكذلك الغزالي في البسيط وقال في الوسيط ان كان بحيث يمكن تسمية ذلك دون الدار بستانا لم يندرج والا فيندرج وأولها ابن الرفعة على أن الشجر يسمى دون الدار بستانا وتكون الدار داخلة تحت اسمه وحينئذ يوافق عبارة الامام والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ الباب إذا كان مغلوقا لا يدخل في بيع الدار والأرض الا بالشرط وكذلك ما استهدم من البناء والخشب والآجر وغيره قاله ابن خيران في اللطيف وقد تقدم بعض ذلك عن غيره أيضا *

الأكثر أن أنه إن كان مما لا مؤنة لنقله كالدرهم والدنانير فله المطالبة بالمثل وان كان لنقله مؤنة لم يكن له طلب المثل ولا للغارم تكليفه قبول المثل لما يلزم فيه من المؤنة والضرر والمالك أن يغرمه قيمة بلد التلف فان تراضيا على المثل لم يكن له تكليفه مؤنة النقل وعلى هذا تنزيل جوابه في الكتاب وان أطلقه إطلاقا وحكى الامام وراءه وجهين (أحدهما) عن شيخه أبي محمد أنه يطالبه بالمثل وان لزمته المؤنة وزادت القيمة كما لو تلف مثليا في وقت الرخص له طلب المثل في وقت الغلاء (والثاني) عن رواية الشيخ أبي على أنه إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة المتلف أو أقل طالبه بالمثل والا فلا وذكر أبو عاصم العبادي مثل هذا واذا حكمنا بالمنع وأخذ القيمة ثم اجتمع في بلد التلف هل للمالك رد القيمة وطلب المثل وهل لصاحبه استرداد القيمة وبذل المثل فيه الوجهان فيما إذا غرم القيمة لاعواز المثل والذي أورده صاحب الكتاب منهما أن عليه المثل وأخذ القيمة مع أنه جعل الأظهر في مسألة الاعواز المنع وهذا لوجه له بل الخلاف في المسألتين واحد باتفاق الناقضين فلما أن يختار فيهما النفي أو الاثبات ولو نقل المنصوب المثلى إلى بلد آخر فتلف هناك أو أتلفه ثم ظفر به المالك في بلد ثالثة وقلنا انه لا يطالب

﴿ فرع ﴾ باع سفينة قال الماوردي يدخل في البيع ما كان من البناء متصلا وفي دخول ما لا يستغنى عنه من آلتها المنفصلة وجهان يعنى المتقدمين عن أبي اسحق وابن أبي هريرة *

﴿ فرع ﴾ تقدم الكلام في حجرة الرحا ودخولها تحت اسم الدار (وأما) لو قال بعثك هذه الطاحونة قال الامام فالجبر الاسفل يدخل لا محالة وفي دخول الحجر الاعلى خلاف (والاظهر) دخوله لان تعرضه باسمها للطحن والطحن لا يقع إلا بالحجر فهذا هو الذي لا يتجه غيره ولأجل هذا الكلام من الامام قال الغزالي في الوسيط انه لا خلاف في اندراجها تحت اسم الطاحونة أي لا خلاف به احتفال وفي البسيط صرح بالخلاف كما ذكر الامام *

﴿ فرع ﴾ إذا قال بعثك هذا الخانوت قال صاحب الاستقصاء قال الصيمري دخل في بيعها الدر وندو العاج ولا يدخل في بيعها الدرايات لانها منضلة عنها فبى كلفوف التي لم تسمر قال يعنى الصيمري (وأما) الشرائح فقد قيل تدخل في البيع وقيل لا تدخل (والصحيح) أنها ان كانت كالبني دخلت والا لم تدخل قال وما سوى ذلك فان كان غير منصوب لم يدخل وان كان منصوبا فقد قيل يدخل كالباب المنصوب وقيل لا يدخل كالرفوف التي لم تسمر (قلت) وقد تقدم حكاية الوجهين في الدرادي (وأما) للتصل بالحائط من الخشبة فانه يدخل في البيع أيضا لاتصاله جزم به الماوردي *

﴿ فروع ﴾ جرت عادة الاصحاب بذكرها في هذا الباب * لو باع العبد وفي أذنه حلق أو في أصبعه خاتم أو في رجله حذاء لم يدخل في البيع لان ذلك ليس من أجزاء العبد وهل تدخل

بالمثل في غير موضع التلّف فله أخذ قيمة أكثر البلدين قيمة (وأما) إذا اختلف الزمان فله المطالبة بالمثل وان زادت القيمة وليس له إلا ذلك وان نقصت القيمة والفرق بينه وبين المكان (إذا قلنا) لا يطالب بالمثل في غير ذلك المكان أن العود إلى المكان الأول يمكن فجازا انتظاره ورد الزمان الأول غير ممكن فقمنا بصورة المثل وان لم يكن ذلك مثلا حقيقة لأن التساوى في القيمة معتبر في المثليين وللزمان أثر ظاهر في تفاوتهما لكن يتوجه على هذا أن يقال نعم رد الزمان الأول غير ممكن لكن انتظار الزمن الذي تكون القيمة فيه كالقيمة وقت الاتفاق ممكن فله انقاع بقيمة يوم الاتفاق وانتظر المثل اليه وهذا كله فيما إذا لم يخرج المثل باختلاف المكان والزمان عن أن يكون له قيمة ومالية (أما) إذا خرج كما إذا تلف عليه الماء في مفازة ثم اجتمع على شط نهر أو بلد أو أناف عليه الجمد في الصيف واجتمعوا في الشتاء فليس للمتلف بذل المثل بل عليه قيمة المثل في تلك المفازة وفي الصيف وإذا غرم القيمة ثم اجتمعوا في مثل تلك المفازة وفي الصيف هل يثبت الترادف فيه الوجهان السابقان (وأما) قوله في الكتاب والمسلم إليه إلى آخره فقد ذكرنا المسألة بما فيها في السلم *

ثيابه التي عليه في البيع فيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو الذي نسبته الماوردي الى جميع الفقهاء لآلته لا يدخل شيء من ذلك إلا بالتسمية * قال الروياني ولكن العادة جارية بالعرف عنها فيما بين التجار (والثاني) وبه قال أبو حنيفة يدخل ذلك في مطلق البيع للعادة (والثالث) يدخل قدر ما يستر العورة للضرورة كنعن الدابة وان باع دابة وعليها سرج ولجام لم يدخل ذلك في البيع وجها واحداً قاله في الاستقصاء ولا يدخل في بيعها المقود والحبل قاله الروياني وحكى عن بعض الناس أنه يدخل في بيعها المقود والحبل قال الماوردي وهو قول من أوجب في بيع العبد والأمة قدر ما تستر به العورة ويدخل في بيع الدابة النعل المسمرة في أرجلها لأنها كالمتصلة بخلاف القروط في الاذن حيث لم يدخل لان النعل يستدام والقروط لا يستدام قاله الماوردي وان باع سمكة فوجد في جوفها لؤلؤة أو جوهرة لم تدخل في البيع ثم ينظر فان كانت اللؤلؤة أو الجوهرة فيها أثر ملك من ثقب أو صنعة فهي لقطة والا فهي ملك الصياد كما يملك من ما يأخذه من العدة فان السمكة قد تمر بمعادن اللؤلؤ والجوهر وربما ابتلعت شيئاً منه قاله الماوردي * وان باع طيراً فوجد في جوفه جراداً أو سمكة قال الماوردي دخل في البيع لانه من أغذيته قل في الاستقصاء فهو كالحب في بطن الشاة قال الماوردي ولو وجد في جوفها حماماً لم يدخل في البيع وان ابتاع سمكة فوجد في جوفها سمكة جزم الماوردي بالدخول لان السمك قد يتغذى بالسمك وحكي صاحب الاستقصاء أربعة أوجه (أحدها) هذا (والثاني) لا يدخل بل هو على ملك البائع (والثالث) ان كان صغيراً دخل وان كان كبيراً لم يدخل قال في

قال ﴿ ولو ألتف آنية من تقرة يلزمه المثل * وما زاد بالصنعة يقوم بغير جنس الأصل حذراً

من الربا * وقيل لا يبالى به فانه ليس ببيع ﴾ *

الذهب والفضة إما أن يكونا مضروبين فقد ذكرنا أنهما مثليان أو لا يكونا مضروبين وكل واحد منهما إما أن تكون فيه صنعة كالحلى أولاً تكون كالتبر (أما الأول) فإذا ألتف حلياً وزنه عشرة وقيمته عشرون فقد تقل أصحابنا العراقيون وجهين فيما يلزمه (أحدهما) أنه يضمن العين بوزنها من جنسها والصنعة بقيمتها من غير جنسها سواء كان ذلك نقد البلد أو لم يكن لأننا لو ضمننا الشكل بالجنس لقابلنا عشرة بعشرين وذلك ربا (وأصحها) عندهم أنه يضمن الجميع بنقد البلد وان كان من جنسه ولا يلزم الربا فانه إنما جرى في العقود لافي الغرامات ولو كان هذا ربا لكان الوجه الاول أيضاً ربا فانه كما لا يقابل ديناراً بدينارين لا يقابل دينار بدينار ودرهم وفيه وجهان آخران (أحدهما) أن العين تضمن بوزنها من جنسها والصنعة بنقد البلد كما لو ألتف الصنعة وحدها بكسر الحلى يضمن بنقد البلد سواء كان من جنس الحلى أو غير جنسه وهذا محكى في النهاية مع الأولين (والثاني) أنه يضمن الكل بغير

الاستقصاء قال الصيمري (والصحيح) أن يقال إن كان هذا الحوت مما يأكل الحيتان دخل في بيعه كما يدخل في بيع الطير الذي يأكل الحيتان وإن كان مما لا يأكل الحيتان لم يدخل قال الماوردي قال الشافعي ويؤكل الحوت والجراد الموجود في جوف الطائر قال الماوردي وهذا صحيح لكن بعد الغسل لتنجسها بما في جوف الطائر ولو كان مأخوذاً من جوف الحوت لم يجب غسله لأن ما في جوف الحوت ليس بنجس وما في جوف الطائر نجس (قلت) وما في جوف السمك وجهان (أظهرهما) عند الرافعي النجاسة فعلى هذا يجب للغسل فيها وإن باع دجاجة وفي جوفها بيض دخل في البيع لأنه من نماء الأصل فهو كالحمل قاله صاحب الاستقصاء *

• ﴿ فرع ﴾ في مذاهب العلماء حكى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال حقوق الدار الخارجة منها لا تدخل في بيع الدار وإن كان متصلاً بها وبهذا قال الشرطيون وكل حق هو لها خارج منها احتراز من قوله وحكى عن زفر رحمه الله أنه قال إذا كان في الدار آلة وقماش دخل في البيع ولهذا قال الشرطيون وكل حق هو لها ومنها احتراز من قوله قال ذلك صاحب الحاوي ورد صاحب الحاوي على زفر بأنه لو دخل ذلك لدخل ما في الدار من عبيد واماء وما أشبه ذلك وطعام وما أحد قال هذا * قال الماوردي حكى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن جميع ما على العبد والأمة من ثياب وحلى يدخل في البيع لأنه في يده *

جنسه تحرزاً من التفاضل ومن اختلاف الجنس في أحد الطرفين ويروى هذا عن أبي حنيفة وأحسن ترتيب في المسألة ما ذكره في التهذيب وهو أن صنعة الحلي متقومة وفي وزنه الاختلاف الذي سبق في التبر والسبيكة (إن قلنا) أنه مثلي فوجهان (أحدهما) أنه يضمن الكل بغير جنسه كيلاً يلزم الربا (وأصحهما) أنه يضمن الوزن بالمثل والصنعة بنقد البلد سواء كان من جنسه أو من غير جنسه (وإن قلنا) أنه متقوم فيعتبر الكل بنقد البلد كيف كان وينبغي أن يجيء على هذا وجه التضمن بغير الجنس إذا كان نقد البلد من الجنس لأن معنى الربا لا يختلف ولو ألتف آنية من ذهب أو فضة فتبني على أن اتخاذاها هل هو جائز (إن قلنا) نعم فهو كما لو ألتف حلياً (وإن قلنا) لا فهو كالتلاف ما لا صنعة فيه كالتبر والسبيكة فينبني على الخلاف في أنه مثلي أو متقوم (إن قلنا) بالاول ضمن مثله (وإن قلنا) بالثاني فوجهان (أحدهما) أنه يضمن قيمته بنقد البلد سواء كان من جنسه أو من غير جنسه كسائر المتقومات (والثاني) أن الجواب كذلك إلا إذا كان نقد البلد من جنسه وكانت القيمة تزيد على الوزن فيخاف أن يقوم بغير الجنس ويضمن به وهذا ما اختاره العراقيون ههنا فارقين بين ما فيه صنعة وبينه بأن الزيادة ثم تقع في مقابلة الصنعة فلا تؤدي إلى الربا وههنا لا قيمة للصنعة

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وأما الماء الذي في البئر فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق الماء غير مملوك لأنه لو كان مملوكاً لصاحب الدار لما جاز للمستأجر شربه لأنه اتلاف عين فلا يستحق بالاجارة كمنورة النخل والواجب أن لا يجوز للمشتري رد الدار بالعيب بعد شربه كما لا يجوز رد النخل بعداً كل ثمرة فعلى هذا لا يدخل في بيع الدار غير أن المشتري أحق به لثبوت يده على الدار وقال أبو علي ابن أبي هريرة هو مملوك لمالك الدار وهو المنصوص في القديم وفي كتاب حرمة لأنه من نماء الأرض فكان لمالك الأرض كالحشيش فإذا باع الدار فإن الماء الظاهر للبائع لا يدخل في بيع الدار من غير شرط وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري فعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الظاهر من الماء للمشتري لأنه إذا لم يشترط اختلط ماء البائع بماء المشتري فينفسخ البيع ﴾ *

فيلزمه الربا لكن لصاحب الوجه الأول أن يقول لو كان الربا من الغرامات لاستوى المصنوع وغيره كما لو قابل حلياً بتمر لا يجوز للفضل (وقوله) في الكتاب ولو أتلّف آنية التصوير في الآنية مفرع على جواز اتخاذها كما ينه (وقوله) ويلزمه المثل مثل وزن الآنية والحلى التبر لا الدراهم والدنانير للمضروبة (قوله) لا ينال به أى أنه بتقويم الصنعة بجنس الاصل وتغريمها رد وذلك مما يترك فيه وجه تقويم الكل بنقد البلد اذا كان نقد البلد من جنسه ووجه تقويم الاصل بالمثل والصنعة بنقد البلد اذا كان من جنسه ويجوز اعلامه - بالحاء - وكذا اعلام قوله يلزمه المثل لما مر من الرواية عند قوله فإنه ليس يبيع يعنى أنه غرامة متلف ومحل الربا إنما هو البيوع والمعدنات *

قال ﴿ ولو اتخذ من الرطب تمرّاً وقلنا لاملل للرطب وللمر مثل ﴾ * أو من الحنطة دقيقاً فالأولى أن يتخير المسالك بين المطالبة بقيمة الرطب والدقيق أو مثل التمر والحنطة * كما لو اتخذ من السمسم الشيرج فيطالب ان شاء بالسمسم أو بالشيرج * ولو عدم المثل الا بالاكثر من ثمن المثل لم يلزمه الشراء على الأظهر ﴾ *

في الفصل مسألتان (الأولى) اذا تغير المنصوب في يد العاصب من حال الى حال ثم تلف عنده فاما أن يكون منقوماً في الحالة الأولى مثلياً في الثانية أو بالعكس أو مثلياً فيهما أو متقوماً فيهما (أما القسم الأول فكما اذا غصب رطباً وقلنا انه متقوم فصار تمرّاً ثم تلف عنده ففيه وجهان (أحدهما) وبه أجاب العراقيون أنه يضمن مثل التمر لأنه لا يمكن الجمع بين المثل والقيمة ولا بد من إيجاب أحدهما والمثل أقرب الى التالف فيكون إيجابه أولى (وأشبههما) وهو المذكور في التهذيب أنه ان كان الرطب أكثر قيمة فعليه قيمته كيلا تضيع الزيادة عليه وان كان التمر أكثر قيمة أو استويا فعليه المثل واختيار

(الشرح) قد تقدم أن بناء البئر والصهر يج يدخلان في بيع الدار فاما الماء الذي في البئر فيحتاج الى مقدمة وهي أن أصحابنا اختلفوا في أن الماء الذي في البئر هل يملك أولاً على وجهين (أحدهما) وبه قال أبو اسحق المروزي وهو اختيار الشيخ أبي حامد على ما حكاه صاحب البيان أن الماء غير مملوك لانه يجري تحت الارض ويحيى الى ملكه فهو بمنزلة الماء الذي يجري في النهر الى ملكه فانه لا يملك بذلك هكذا قال القاضي أبو الطيب ولما ذكره المصنف أيضاً وقياسه على تمر الدخل يعني اذا استأجر الارض يعني فلما جاز للمستأجر شر به وجاز ردها بالعين بعد شر به دل ذلك على أنه مباح غير مملوك وانما منع منه قبل الاجارة لانه لا يجوز له الدخول الى ملك غيره بغير حق فلو أن داخلا دخل واخذ ملكه واستدل أيضاً بأنه اذا اشترى داراً واستقى من بئرها ثم وجد بها عيباً كان له ردها (والثاني) وهو اختيار أبي علي ابن أبي هريرة انه يملك ما ينبع في أرضه من عين أو بئر لانه نماء ملكه كلبن الشاة والبقرة والحشيش النابت وتقل هذا عن نص في

صاحب الكتاب أنه يتخير بين أن يأخذ مثل التمر أو قيمة الرطب لأنه أتلف عليه ماله وهو مثلي ورد ماله وهو متقوم فيطالب بموجب ما شاء من الحالين (وأما) القسم الثاني فهو كما لو غصب حنطة وطحنها وتلف الدقيق عنده أو جعله خبثاً أو أكله وتلفنا لأمثل الدقيق واخذنا أو غصب تمرأ واتخذ منه الخل بالماء فعلى جواب العراقيين يضمن المثل وهو الحنطة والتمر وعلى ما أورده في التهذيب ان كان المتقوم أكثر قيمة غرمها والا غرم المثل وعن القاضي الحسين أنه يغرم أقصى اقيم وليس للمالك مطالبة بالمثل لأن التلف حصل وهو متقوم وعلى هذا فاذا قيل من غصب حنطة في الغلاء وبقيت عنده الى التلف وغرمه المالك في وقت الرخص يغرم المثل أو القيمة لم يصح اطلاق الجواب بالمثل ولا القيمة بل الصواب أن يفصل فيقال ان تلفت وهي حنطة غرمه المثل وان صارت الى حالة التقويم ثم تلفت فاقيمة ويقال كأن القاضي قد لقن المسألة الرئيس أبا علي المنيعي ليغلط بها فقهاء مروفيات من اطلق الجواب منهم (وأما) الثالث فكما لو غصب سمماً واتخذ منه شيرجاً ثم تلف عنده ونقل العراقيون وصاحب الكتاب أن المالك بالخيار فيغرمه ما شاء منهما وفي التهذيب أنه إن كان أحدهما أكثر قيمة غرم مثله والا تخير المالك وأخذ ما شاء منهما وظاهره يقتضي إثبات خلاف في التخير إذا كان أحدهما أكثر قيمة (وأما) الرابع فحكمه بين وهو وجوب أقصى القيم في الحالين (المسألة الثانية) إذا لزمه المثل فعليه تحصيله ان وجد به ثمن المثل واذا لم يجده إلا بما فوقه فوجهان (أحدهما) أنه لا يلزمه تحصيله لأن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدم بدليل الماء في الطهارة والرقبة في الكفارة (والثاني) يلزمه لأن المثل كالعين ورد العين واجب وان لزم في مؤنته اضعاف قيمته وهذا أظهر الوجهين عند صاحب

القديم وعن كتاب حرمله وإنما جاز للمستأجر استعماله لأنه كلما ذون له بالعرف ولم يجب على المشتري غرمه لأن حكمه موضوع على التوسعة ومحل الوجهين فيها إذا كان البئر ملكاً أما إذا قصد بحفرها الاستقاء ولم يقصد التملك فالماء المجتمع فيها لا يكون ملكاً بالاتفاق للأصحاب إذا علم ذلك (فإن قلنا) أنه لا يملك لم يدخل في بيع الدار وكل من استقاه وحازه ملكه (وإن قلنا) أنه مملوك لم يدخل الموجود منه في البيع لأنه ظهر كالثمرة الظاهرة وما ظهر بعد العقد يكون للمشتري لأنه حدث في ملكه فعلى هذا لا يصح بيع البئر أو الدار التي فيها البئر على أن الماء الموجود عند العقد للمشتري لأنه لو لم يشترط كان باقياً على ملك البائع فيختلط بالماء الذي يحدث بعد العقد على ملك المشتري فيكون العقد باطلاً من أصله وهو يشبه ما إذا باع شجرة وعليها حمل ثمرة مؤبرة ويعلم أنه يحدث حمل آخر ويتلاحق بالأول قبل إمكان قطع الأول وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى ونقل الامام وغيره أن من أصحابنا من اتبع الماء البئر وجعله كالثمرة غير المؤبرة وهذا لوجه غريب جداً ومع غرابته صححه ابن أبي عصرون في الاستقصاء وقال أنه الأصح وأنه يدخل في بيع الدار وإن جهل المقدار منه كما يدخل الحمل تبعاً وجزم به في المرشد وهذا وإن كان خلاف المشهور فالعرق يقتضيه فليأخذ من هذا أن البيع على المشهور إذا أطلق في البئر والدار التي فيها لا يستتبع الماء لأنه باطل على قول ابن أبي هريرة

التهذيب والقاضي الروياني والأول أظهر عند آخرين ومنهم صاحب الكتاب وفرقوا بين المثل والعين بأنه تعالى في العين دون المثل فلا يأخذ المثل حكم الدين هذا ما يتعلق بقسم المثلى *
 قل ﴿أما المتقومات إذا تلفت تضمن بأقصي قيمتها من وقت الغصب إلى التلف﴾ فإن أبى العبد ضمن (ح) في الحال للحيولة * فإذا عاد ردت القيمة (ح) وسلم العبد * ولغاصب حبس العبد إلى أن ترد القيمة عليه *
 القسم الثاني من الأموال المتقوم فاذا غصبه وتلف عنده لزمه أقصى قيمته من يوم الغصب إلى

يوم التلف لأنه في حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد فاذا لم يرد ضمن بدله وإنما تجب القيمة من نقد البلد الذي حصل فيه التلف وتفاوت القيمة قد يكون لزيادة نقصان في المنصوص كما إذا كان العبد كاتباً فنسى الكتابة وقد يكون لحض ارتفاع الأسواق وانخفاضها ولو كانت قيمته مائة فبلغت مائتين ثم عادت بتراجع الأسواق إلى مائة وخمسين ثم هلك لزمه مائتان ولا عبرة باتفاق السوق بعد التلف ولو تكررت ارتفاع السوق وانخفاضها لم يضمن كل زيادة وإنما يضمن الأكثر ولو أتلف متقوماً من غير غصب لزمه قيمته يوم الاتلاف فإن حصل التلف بتدريج وسراية واختلفت القيمة في تلك المدة كما إذا جنى على بهيمة قيمة مثلها يومئذ مائة ثم هلكت وقيمة المثل خمسون قال

والباطل لا يستتبع وصحيح على قول ابى اسحق لكن الماء غير مملوك فلا يدخل فى البيع فاذا شرط دخوله على قول ابن ابي هريرة كان ذلك بالشرط لا بالتبعية هذا ما ذكره العراقيون وقطعوا به قال الامام واستأرى قياساً ولا توقيفاً يخالف ما ذكره ولكن العادة عامة فى المسامحة به فان تناقلت^(١) ناظر عن هذا فكذلك والامام لم يخالفهم فى الحكم كما ترى وقد تقدم الوجه الذى نقله هو فى غير هذا الموضع ذكره فى باب بيع الكلاب ولا يجوز بيع ماء البئر وحده باتفاق قال الامام والماء الجارى أولى بالفساد (فان قلت) كيف صح اشتراطه وهو لو باع ماء البئر وحده لم يصح أما على قول ابى اسحق فظاهر وأما على القول الآخر فلانه لا يمكن تسليمه كما فى مسألة الثمار ولا يجوز أن يبيعه جملة الماء الموجود والذى سيحدث لانه مجهول معدوم وكذلك جزم القاضى أبو الطيب وغيره هنا بانه لا يجوز بيع ماء البئر (قلت) صحيح أن بيع ماء البئر وحده لا يجوز جزماً للعلة المذكورة وهي منتفية فيما اذا باعه مع البئر أو الدار لان الحادث حينئذ يكون على ملك المشتري فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره فقد أمننا من الفساد، ويصح بيع البئر وما فيها من الماء كما قلنا فى الدار وقد اعترض زين الدين الحلي شيخ صاحب الوافى على المصنف فى قوله انه اذا لم يشترط اختلاط ماء البائع بماء المشتري فينسخ البيع بان الماء الظاهر ليس يمنع فاختلاطه بماء المشتري لا يوجب

(١) كذا
بالاصل غرر

القبال يلزمه مائة لأننا اذا اعتبرنا الأقصى فى اليد العادية فلأن نعتبرها فى نفس الاتلاف كان أولى وليعلم قوله فى الكتاب فاقضى قيمتها - بالحاء والألف - أما الحاء فلأن أبا حنيفة يعتبر قيمة يوم الغصب بناء على أن الزوائد غير مضمونه (وأما) الألف فلأن أحمد يعتبر قيمة يوم التلف اذا كان التفاوت لاضطراب الاسواق ولو لم يهلك العبد المغضوب لكه أبى أو عيه الغاصب أو ضلت الدابة أو ضاع الثوب فلذلك أن يضمه القيمة فى الحال لحصول الحيولة ولزوم الضرر والاعتبار بأقصى القيم من يوم الغصب الى يوم المطالبة وليس للغاصب أن يلزمه قبول القيمة لأن قيمة الحيولة ليست حقاً ثابتاً فى الذمة حتى يجبر على قبوله والبراء عنه بل لو أبرأه المالك منها لم ينفذ وعن بعض الاصحاب تنزِيلها بمنزلة الحقوق المسنقرة ثم القيمة المأخوذة يملكها المالك كما يملك عند التلف وينفذ تصرفه فيها ولا يملك الغاصب للمغضوب كما لا يملك نصف العبد اذا قطع إحدى يديه وغرم فاذا ظفر بالمغضوب فللمالك استرداده ورد القيمة والغاصب رده واسترداد القيمة وهل له حبس للمغضوب الى أن يسترد القيمة ذكر فى الكتاب أن له ذلك وهذا حكاه القاضى حسين عن نص الشافعى رضى الله عنه كما حكى ثبوت الحبس للمشتري فى الشراء الفاسد لاسترداد الثمن لكن تقدم فى البيع ذكر الخلاف فى ثبوت الحبس للمشتري وبيننا أن الظاهر النع ويشبه أن يكون حبس الغاصب فى معناه والنع هو اختيار الامام فى الصورتين واذا

الفسخ وأجاب صاحب الوافي بأن الماء المجتمع حالة العقد في الأرض وهو غير ظاهر تابع للأرض يدخل في العقد فيكون مبيعاً فإذا اختلط بماء البائع فينفسخ العقد في قدر ذلك الماء المبيع لاختلاطه قبل القبض بما لا يتميز منه فكان كالتالف قبل القبض وإذا تعذر القبض في أحد العينين المبيعين هل يكون كالتعذر في الأخرى حتى يبطل في الجميع فيه خلاف ذكرناه في كتاب البيوع اهـ ما أجاب به وأنا أقول ان اختلاط المائين في هذه المسألة كاختلاط الثمرة بالحادث بالموجودة فيما إذا كان المبيع هو الشجرة وسيأتي في آخر كلام المصنف أن الأكثرين على أنها على القولين في اختلاط الثمار المبيعة بغيرها (والصحيح) عند المصنف من القولين المذكورين الانفساخ وإذا ثبت هناك أن اختلاط الثمرة حيث تكون الشجرة مبيعة كاختلاط الثمرة حيث تكون نفسها مبيعة والثمرة هناك إذا علم تلاحقها لا يصح البيع من أصله كما سيأتي فحيث تكون الشجرة مبيعة وعليها ثمرة مؤبرة يعلم تلاحقها بغيرها ينبغي أن يكون كذلك ويبطل البيع من أصله وكذلك مسألة الماء في مسألتنا هذه فصح قول المصنف بالانفساخ وليس معناه أن العقد ينقضي ثم يفسخ بعد ذلك بالاختلاط ولكن هذا تعليل لبطلان العقد من أصله لأنه إذا علمنا أن العقد لو انعقد طرأ عليه ما يفسخه حكمنا ببطلانه من أصله لعدم الفائدة فيه وهذا التصوير صحيح على رأي المصنف وغيره من الأصحاب فإن الصحيح عنده وعند الأصحاب

كانت الدراهم المبذولة باقية بعينها في يد المالك فللشيخ أبي محمد تردد في أنه هل يجوز للمالك إمساكها وغرامة مثلها أم لا وإذا اتفقا على ترك التراد فلا بد من بيع ليصير المغصوب للغاصب (وقوله) في الكتاب ورد القيمة معلـ بالحاءـ لأن عنده تملك العبد بالضمان فلا رد ولا استرداد وساعدنا في المدبر وفيما إذا اختلفا في القيمة وغرمانه ما اعترف به ثم تبين عند الظفر بالمغصوب أنها كانت أكثر واعلم أن التضمين في صورة الاتفاق وغيرها لا يختص بالمتقومات وإن أوردته في هذا القسم بل ضمان الخيار ثابت في كل مغصوب خرج من يد المالك وتعذر رده *

﴿ فرع ﴾ قد مر أن منافع المغصوب مضمونة فيم كانت الاجرة في مدة الغصب متفاوتة يضمن فيه ثلاثة أوجه حكاه القاضي أبو سعد بن يوسف (أضعفها) إنها بالأكثر في جميع المدة (وأطهرها) أنها تضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها (والثالث) أن الأمر كذلك ان كانت الاجرة في أول المدة أقل وإن كانت أكثر ضمنها بالأكثر في جميع المدة لأنه لو كان المال في يده فربما يلزمه بها في جميع المدة *

قال ﴿ وان تنازعا في تلف المغصوب فالقول قول الغاصب (و) لانه ربما يعجز عن البيئته وهو صادق * فان حلف جاز طلب القيمة وإن كان العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف * وكذلك

فما اذا كان اختلاط الثمار معلوماً ببطلان البيع وإنما اختلف التصحيح فيما اذا كان الاختلاط نادراً ثم وقع وأما ما أجاب به صاحب الوائى فلا يتجه لان الصحيح عند المصنف وغيره أن تلف بعض المعقود عليه قبل القبض لا يوجب البطلان في الباقي واذا كان الصحيح عدم البطلان فكيف يخرج عليه كلام المصنف هذا الذى جزم فيه بالانقاساخ هذا فيما هو جزء كأحد المعنيين أما الماء الموجود الكائن فى الارض عند البيع فقد يقال إنه ليس بمنزلة الجزء بل هو وصف متعذرة أو يبلغه قبل القبض بمنزلة العيب الحادث قبل القبض يوجب الخيار ولا يقتضى البطلان جزماً والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ وأما العيون المستنبعة والأودية والدين ففى تلك مائها أيضاً وجهان وقرارها مملوك ولا يجوز بيع مائها لما تقدم بلا خلاف لاختلاط المبيع بغير المبيع ويجوز بيع قرار العين أو سهم منها ويكون لمشتري ذلك حق فى الماء لثبوت يده على الأصل قاله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرها ولا يجوز أن يبيعه سهماً من الماء وكذلك لا يصح أن يقول بعتك يوماً أو ليلة أو كذا وكذا يوماً من الماء لأن الزمان لا يصح بيعه والماء الذى فى العيون والآبار لا يصح بيعه قاله صاحب البيان ولو باع العين قال الأصحاب والحيلة فيمن أراد أن يشتري ماء العين أو سهماً منه أن يشتري العين أو سهماً منها فيكون ما يحدث من الماء على ملكه على قول ابن أبى هريرة ويكون أحق به على قول أبى اسحق قال صاحب البيان هكذا ذكر أصحابنا

اذا تنازعا فى القيمة أو فى صفقة العبد (و) أو فى عيب (ز) يؤثر فى القيمة فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة الذمة * وكذلك اذا تنازعا فى الثبوت الذى على العبد لان العبد وثو به فى يد الغاصب * المقصود من بقية الباب الكلام فى تنازع المالك والغاصب وذلك يقع على أنحاء (منها) اذا ادعى الغاصب تلف المنصوب وأنكر المالك فالصحيح وهو المذكور فى الكتاب أن القول قول الغاصب مع يمينه لانه قد يعجز عن البينة وهو صادق فلو لم تصدقه لتخلد الحبس عليه ولما وجد عنه مخرجاً وفيه وجه أن القول قول المالك مع اليمين لأن الأصل بقاؤه (واذا قلنا) بالأول فلو حلف الغاصب هل للمالك تعريمه القيمة أو المثل فيه وجهان (أحدهما) لا لبقاء العين فى زعمه (وأصحهما) نعم وهو المذكور فى الكتاب لأنه عجز عن الوصول إليها بيمين الغاصب وان كانت باقية (ومنها) إذا اتفقا على الهلاك واختلفا فى قيمته فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته عن الزيادة وعلى المالك البينة وينبغى أن يشهد الشهود بأن قيمته كذا أما إذا أراد إقامة البينة على صفات العبد ليقومه للمقومون بتلك الصفات فعن صاحب التقرير حكاية قول أنها تقبل ويقوم وينزل على أقل الدرجات (والمذهب) المنع لان الموصوفين بالصفات الواحدة يتفاوتون فى القيمة لتفاوتهم فى الملاحظة وما لا يدخل تحت الوصف قال الامام لكن المالك يستفيد باقامة البينة على الاوصاف ابطال دعوى الغاصب

وعلى قياس ما ذكرنا في بيع الدار التي فيها بئر ما إذا اشترى العين أو سهما منها (إذا قلنا) الماء مملوك فيشترط أن يشتري مع العين الماء الظاهر وقت البيع لئلا يخلط ماء المشتري بماء البائع فيفسخ البيع ويشترط رؤية الماء وقت البيع ولا تسكني الرؤية المتقدمة لأنها رؤية للماء الحادث وقت الرؤية لا لما يحدث بعده قال المحاملي ولو باع العين والماء الذي فيها لم يميز لأنه بيع معلوم ومجهول هكذا قال وفيه نظر لأنه إن كان مراده الماء الحاصل فيها فهو كبيع البئر ومائها وقد تقدم أنه جائز وإن كان مراده الذي يحدث بعد البيع فيمكن أن يسلم له الحكم بالبطلان لسكن بغير العلة التي ذكرها بل لأنه بيع موجود ومعدوم ويمكن أن يقال إن ذلك يصح لأنه بيان لمقتضى العقد إذا كان الحادث تابعا وإن أراد المصنف الموجود وإن ذلك فيما إذا لم يعلم مقداره فمثله يجري في ماء البئر وشرط صحة البيع في البابين العلم والله أعلم * ولو باع مائة منا من الماء الذي في البئر وقلنا الماء مملوك ففي صحة البيع وجهان مبنيان في النهاية على ما إذا رأى المودج من لبن الضرع^(١) لأن بعضه مرئي وبعضه غير مرئي يشترط أن يكون المقدار المبيع من ماء البئر يعتقد التزايد فيه كما في لبن الضرع ولو باع مائة منا من ماء نهر كان ممنوعا وجهاً واحداً ولو باع من النهر من غير تعرض للماء صح والقول في الماء كما تقدم في البئر وإن باع النهر مع مائه الجاري فيه وقلنا الماء غير مملوك فقد جمع بين مملوك وغير مملوك مجهول وإن قلنا مملوك فقد جمع بين مجهول ومعلوم والأصح في مثله بطلان البيع في الجميع *

(١) بياض
بالاصل فخر

مقداراً حقيراً لا يليق بذلك الصفات كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاسة ثم قومه بشيء حقير لا يليق بها لا يلتفت إليه بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حداً يجوز أن تكون قيمة لمثل ذلك الموصوف ولو قال المالك قيمته ألف وقال الغاصب خمسمائة وجاء المالك ببينة على أنها أكثر من خمسمائة من غير تقدير (منهم) من قال لا تسمع البينة هكذا (والأكثر من) سمعوها وقالوا فائدة السماع أن يكلف الغاصب الزيادة على الخمسمائة إلى حداً تقطع البينة بالزيادة عليه ولو قال المالك لأدري كم قيمته لم تسمع دعواه لقوله حتى يبين وكذا لو قال الغاصب أعلم أنه دون ما ذكره ولا أعرف قدره لم تسمع حتى يبين فإذا بين حلف عليه (ومنها) لو قال المالك كان العبد كاتباً أو محترفاً وأنكر الغاصب فالقول قول الغاصب لأن الأصل عدمه وبراءة ذمته وحكي العراقيون من أصحابنا وجهاً أن القول قول المالك لأنه أعرف بحال مملوكه ولو ادعى الغاصب به عيباً وأنكر المالك نظر إن ادعى عيباً حادثاً بأن قال كان أقطع أو سارقاً ففي المصدق منهما قولان (أحدهما) الغاصب لأن الأصل براءة ذمته (وأصحها) المالك لأن الأصل والغالب دوام السلامة ولو ادعى عيباً في أصل الخلقة بأن قال كان أمه أو ولد أعرج أو عديم اليد فالمصدق الغاصب لأن الأصل عدمه والمالك متمكن من إثباته بالبينة وفيه وجهان آخران (أحدهما) تصديق المالك نظراً إلى غلبة السلامة (والثاني) الفرق بين

﴿ فرع ﴾ عن الامام لو كان في الأرض المبيعة نهر فالسكلام في مائه كالسكلام في ماء البئر قال ابن الرقة ولعل محله إذا كان واقفاً فيه دون ما إذا كان جارياً فليتمل (قلت) ويتمين محله على ذلك لما تقدم أن الجاري لا يجوز بيعه جزماً *

﴿ فرع ﴾ وأما الماء الذي يؤخذ من مطر أو نهر أو غيرها ويجعل في صهر يج قال في الاستقصاء فقد قال أبو الفتح نصر المقدسي رحمه الله فعندى أنه لا يدخل في البيع إلا بالشرط ولا في الاجارة إلا بلفظ الاباحة قال وهذا صحيح لأنه ليس من ماء الأرض فهو كسائر المائعات من الزيت وغيره إذا خلط فيه *

﴿ فرع ﴾ المياه الجارية في الأنهار كالفرات ودجلة وجيحون والنيل وغيرها من الأنهار الكبار والصغار ليست مملوكة لأحد وجهاً واحداً لأنها تتبع من المواضع التي ليست مملوكة كالجبال والشعاب ومن استقي شيئاً منها وحازه ملكه وإذا جرى ماء من هذه الأنهار إلى ملك إنسان كماء المد يدخل في أرضه لم يملكه إلا بالحيازة بل يكون أحق به وإذا حفروا أنهاراً فاجروا فيها من هذه الأنهار ماء فليس أيضاً بمملوك ولهذا يحل للعطشان أن يشرب منها بغير إذن مالك النهر قاله القاضي أبو الطيب وغيره ولو باع مقداراً من ماء نهر جار أرضه مملوكة لم يصح لأنه لا يمكن تنزيل العقد على معين فيه يمكن تسليمه قال صاحب البيان وعلى قياس هذا ما يقع في أرضه من ماء المطر فإنه لا يملكه ولا يصح بيعه وجهاً واحداً لأنه إنما يملك ماء البئر على قول أبي علي لأنه نماء أرضه وليس هذا بنماء أرضه وإنما هو أحق به كما لو يوجد في أرضه صيد (قلت) وهذا ما لم تحصل حيازة (أما) إذا أخذه وحازه ملكه وفي البيان أن أصحابنا أجمعوا على أنه لو احتاز ماء من نهر عظيم ثم أعاده إليه أنه

ما يندر من العيوب وما لا يندر ولفظ الكتاب في الغصب وإن كان مطلقاً لكن في الوسيط ما يبين أنه أراد به العيب الخلقى ولورد المصوب وبه عيب وقال المالک بل حدث العيب عندك قال في التتمة المصدق العاصب لأن الأصل براءة ذمته وعدم يده على تلك الصفة (ومنها) لو تنازعا في الثياب التي على العبد فالمصدق العاصب لأن العبد وما عليه في يد العاصب هذه صورة الكتاب في الاختلاف (ومنها) لو قال غصبت مني داراً بالكوفة فقل بل غصبت دارك بالمدينة فالقول قول المدعى عليه في أنه لم يغصب دار الكوفة وأما غصب دار المدينة فإن واقعه المدعى عليه ثبت والا ارتد اقراره بتكذيبه (ومنها) غصب خمرًا محترمة وهلكت عنده ثم قال المصوب منه هلك بعد التخليل وقال العاصب بل قبلها فلا ضمان على المصدق العاصب لأن الأصل بقاء الخمرية وبراءة ذمته (ومنها) قال طعاعى الذي غصبته كان حديثاً وقال العاصب بل عتيقاً فهذا كالاختلاف في كون

لا يختص بشركة في هذا النهر قال وان أتلّف رجل على غيره ماء فهل يلزمه قيمته أو مثله فيه وجهان (قلت) وهذا الخلاف على إطلاقه يقتضى الخلاف في أن الماء مثلى أو متقوم والمعروف أنه مثلى وأنه إذا أخذه في مفازة ثم غرمه في البلد يغرّم قيمته والبئر الذى ليس بمالك بأن قصد حافره في الموات الاستقاء منه وعدم تملكه فما فيه من الماء لا يملك قولاً واحداً نقله الامام عن الشيخ أبي على فلا يصح بيعه *

(فرع) فاما ما تولد في انهار الارض وعيونها من السمك فلا يملك على الوجهين وجه أبي إسحق ووجه ابن أبي هريرة الا بالحيازة كما لا يملك ما فرخ من الصيد في أرضه الا بأخذه وانما له منع الناس من ذلك لما فيه من دخول أرضه والتصرف في ملكه فان أخذه ملكه دونه قاله الماوردى *

(فرع) ذكره الرويانى في هذا الموضع وان لم يكن له به ذاك التعاقب إذا قال بعثك جميع حقى من هذه الدار وهو عشرة أسهم من عشرين سهماً وكان حقه خمسة عشر وقع العقد على عشرة أسهم (قلت) وقد يتخيل أن ذلك كما اذا قال بعثك هذه الصبرة على أنها عشرة أصع فخرجت أكثر وليست مثلها فان الصبرة المشاهدة يتعلق الغرض الاعظم بعينها كلها وفي الجزء المشاع يتعلق الغرض الاعظم بما يذكر من مقداره والله أعلم * (تنبيه) هذا القول الذى نقله المصنف عن أبي إسحق هل هو القول الذى يقول أن لا يملك قط لا بالاجارة ولا بغيرها أو غيره قال ابن أبي السم هو غيره ومذهب أبي إسحق في ماء البئر خاصة قبل الاجارة وهو الخلاف المذكور في أن من حفر بئراً

العبد كاتباً والمصدق الغاصب فان نكل عن العين حلف المالك ثم له ان يأخذ العتيق فانه دون حقه (ومنها) باع عبداً من انسان ففأ آخر يدعي أنه ملكه وأن البائع كان غصبه منه فلا شك أن له دعوى عين العبد على المشتري وفي دعواه القيمة على البائع ما ذكرناه في الاقرار فان ادعى العين على المشتري فصدقه أخذ العبد منه ولا رجوع له بالثمن على البائع المكذب فان كذبه فاقام المدعي عليه بينة اخذه ورجع المشتري بالثمن على البائع فان لم يقم البينة ونكل المشتري حلف المدعي وأخذه ولا رجوع للمشتري بالثمن لتقصيره بالنكول وان صدقه البائع دون المشتري لم يقبل اقرار البائع على المشتري وبقي البيع بحاله الا أن يكون اقراره بالنصب في زمن الخيار فيجعل ذلك فسحاً للبيع ثم لو عاد العبد إلى البائع بارث أو رد بعيب لزمه تسليمه الى المدعي وان صدقه البائع والمشتري جميعاً سلم العبد الى المدعي وعلى البائع رد الثمن المقبوض على المشتري ان بقي بحاله وضمانه ان تلف ولو جاء المدعي بعد ما عتق المشتري العبد وصدقه البائع والمشتري لم يبطل العتق سواء

في ملكه فاجتمع فيها ماء هل يملك ذلك الماء بمجرد كينونته في البئر أم لا يملكه حتى يحتازه ببناء أو ظرف وجهان مشهوران (قال) أبو اسحق لا (وقال) ابن أبي هريرة نعم ولا خلاف عندهما أنه يملك بالاحازة (وأما) ذلك الوجه البعيد الذي حكاه الامام أن الماء لا يملك قط بالاحارة ولا غيرها فهو مهجور غير مشهور قال لم أر أحداً حكاه سواه ولا تفريع عليه وهذان الوجهان ذكرهما المصنفون في الطريقتين وفرعوا عليهما * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان كان في الأرض معدن باطن كمدن الذهب والفضة دخل في البيع لأنه من أجزاء الأرض وان كان معدناً ظاهراً كالنفط والنفار فهو كالماء مملوك في قول أبي علي بن أبي هريرة وغير مملوك في قول أبي اسحق والحكم في دخوله في البيع على ما بيناه في الماء وان باع أرضاً وفيها ركاز أو حجارة مدفونة لم تدخل في البيع لأنها ليست من أجزاء الأرض ولا هي متصلة بها فلم تدخل في بيعها ﴾ *

(٢٩١) يياض
بالاصل خور

﴿ الشرح ﴾ النفط ^(١) والقار ^(٢) (أما) الأحكام ففيه مسألتان (أحدها) المعدن على قسمين باطن وظاهر وقال القاضي أبو الطيب والماوردي جامد وذائب (القسم الأول) الباطن قال صاحب الاستقصاء أي غير متميز عن الأرض كالذهب والفضة والفيروز والرخاس والنحاس وسماها القاضي أبو الطيب والماوردي معادن الجامدات فيدخل في بيع الأرض جزءاً لما ذكره المصنف ولا فرق بين

واقفها العبد أو خلفها لما في العتق من حق الله تعالى ولهذا سمعت شهادة الحسبة عليه بخلاف مالو كاتبه المشتري ثم توفقوا على تصديق المدعى لأن الكتابة قابلة للنسخ والمدعى في مسألة الاعتاق قيمة العبد على البائع ان اختص بتصديقه إذا أوجبنا الغرم للحيلولة وعلى المشتري ان يختص بتصديقه وعلى من شاء منهما ان صدقاه وقرار الضمان على المشتري إلا أن تكون القيمة في يد البائع أكثر فلا يطالب المشتري بالزيادة ولومات المعتق وقد اكتسب أموالاً كانت للمدعى لأن المال خاص حق الأدعى وقد اتفقوا على أنه هو المستحق بخلاف العتق فان تصادقهم فيه إنما لم يؤثر لما فيه من حق الله تعالى هكذا أطلقوه قال الامام وهو منزل على الاكساب التي يستقل العبد بها فاما الاكساب التي يحتاج فيها إلى إذن السيد فان المدعى لا يستحقها إذا اعترف بخلوها عن الاذن *

﴿ الباب الثاني في الطوارئ وفيه ثلاثة فصول ﴾

قال ﴿ الأول في النقصان فإذا غصب ما قيمته عشرة فعاد الى درهم ورده بعينه فلا شيء عليه لأن الفاتت رغبات الناس لاشيء من المنسوب * وان تلف فالواجب عشرة وهو أقصى القيمة * وان

المعدن المذكور وبقية أجزاء الأرض إلا أن بعض الأجزاء أغر من بعض ولا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب ولا معدن الفضة بالفضة ويجوز بغير الأثمان قولاً واحداً وهل يجوز بيع معدن الذهب أو معدن الفضة بالذهب فيه قولاً للجمع بين بيع وصرف قاله الروياني (والقسم الثاني) المعدن الظاهر أي المتميز عن الأرض وهي أعين للمائع كالنفط والقار والموميا والملح والكبريت ولزبئق والكلام فيه كالكلام المتقدم في الماء حرفاً بحرف ومن ذكر المسألة كما ذكرها المصنف الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمأوردى والمحاملى والرافعي وغيرهم وحزم الغزالي في الوسيط بعدم الدخول فيه مع حكاية الخلاف في الماء قال ابن الرفعة وحمله على ذلك قول الامام اذا باع الأرض وفيها معدن فما يتجدد بعد البيع للمشتري وما كان مجتمعاً فهو للبائع ولا تردد فيه بخلاف الماء فان من الناس من قال لا يملك (قلت) فان أراد الامام ان من الناس من لا يملك أصلاً ولا بالحيازة كما هو وجه بعيد حكاه هو فصحيح ان ذلك الوجه لا جريان له في المعدن لكن لا أثر لذلك في مسألتنا لأن الكلام مادام في مقره قبل الحوز وان أراد به لا يملك مادام في البئر فالمعدن كذلك عند أبي اسحق القائل بذلك في الماء كما صرح به المصنف هنا وغيره وهذا الذي ذكرناه في بيع الأرض المشتملة على المعدن جار بعينه في بيع الدار المشتملة على المعدن وفي الدار فرض الغزالي المسألة في الوسيط (المسألة اثنائية) إذا باع أرضاً فيها ركاز أي كنز مدفون من ذهب أو فضة أو خشب أو آجر أو حجارة مدفونة أو غير ذلك سواء كان

تلف بعضه كالثوب إذا أبله حتى عاد إلى نصف درهم بعد رجوع الأصل إلى درهم ضمن التقدير الفائت وهو نصف الثوب بنصف أتعى التيم وهو خمسة * وردها مع الثوب البالي ﴿ الطوارئ على المغصوب (اما) أن تعود إلى ذاته أولاً تعود إليها فالأول اما أن تكون بزيادة أو نقصان واما أن لا تعود إلى ذاته فأهم ما نتكلم فيه من هذا النوع تصرفات الغاصب فلذلك اشتمل الباب على ثلاثة فصول (أولها) في النقصان والناقص من المغصوب اما قيمته أو شيء من أجزائه وصفاته أو كلاهما (القسم الأول) أن يكون النقصان في القيمة وحدها كالمو غصب ما قيمته عشرة فرده بحاله وقد عادت قيمته إلى درهم فلا شيء عليه وقال أبو ثور عليه نقصان القيمة كما لو تلف المغصوب والصورة هذه تلزمه أقصى قيمته عشرة * لنا أن الفائت رغبات الناس لاشيء من المغصوب بخلاف ما إذا أتلف فان الواجب هناك البذل فوجب ألاكثر لكونه مأموراً بالرد في تلك الحالة وإذا كانت العين باقية فالواجب ردها وقد أتى به وإيعلم (قوله) في الكتاب فلا شيء عليه - بالواو - لمذهب أبي ثور فانه وإن كان داخلاً في طبقة أصحاب الشافعي رضى الله عنه فله مذهب برأسه ولا يعد تفرد وجهاً لكن حكى الوفاق بن طاهر أن من الأصحاب من يوافقه أيضاً فان الامام بعد توجيه مذهبه بأنه

من دفين الجاهلية أو من دفين الاسلام لا يدخل في البيع ولا يحل للمشتري أخذه اذا وجده لان ذلك ليس من أجزاء الارض ولا من ثمنها ولا متصلاً بها فلم يدخل كمتاع البيت والطعام الذي فيه (والظاهر) أنه لمن ملكته منه الدار فاذا ادعاه فهو له وان لم يدعه فهو لمن ملكه البائع منه وعلى هذا أبدا * هكذا ذكر الشيخ أبو حامد والحاملي وغيرهم من الأصحاب (المسألة الثالثة) الأحجار على ثلاثة أقسام (الأول) أن تكون مخلوقة في الأرض فتدخل في بيع الأرض كما يدخل قرار الأرض وطينها ثم هي على ثلاثة أضرب (الأول) أن يضر بالزرع والنرس جميعاً فهي عيب إذا كانت مما يقصد لذلك وفيه وجه أنه ليس بعيب وإنما هو فوات فضيلة وشرط الماوردي والمتولى في كون ذلك عيباً أن تكون الأرض مبيعة بغير الغراس والزرع قال المتولى فلوا اشتراها للبناء فهي أصلح له فلا خيار وينبغي أن يحمل كلامها على ما إذا لم يكن مقصوده الزرع والا فالبيع لا يعين جهة المنفعة فيه وليس كالأجارة (الضرب الثاني) يضر بالغراس دون الزرع لوصول عروق الغراس إليها دون الزرع فوجهان (أحدهما) أنه عيب (والثاني) ويحكى عن أبي اسحق اللوزي أنه ليس بعيب ولا خيار فيه لأن الأرض اذا كانت تصلح للغرس دون الزرع أو الزرع دون الغرس لم يكن ذلك عيباً لسكالم المنفعة بأحدهما قال الروياني وكذلك لو كانت تصلح للغرس دون الزرع قال الماوردي (والاصح) عندي أن ينظر في أرض تلك الناحية فان كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها للزرع فليس هذا بعيب وان كانت مرصدة للغرس فهذا عيب لأن العرف المعتاد يجري مجرى الشرط قال ولعل اختلاف الوجهين محمول على هذا التفصيل فلا يكون

تنسب إلى تقويت تلك الزيادة بادامة اليد العادية قال وهذا يحده القياس منقاساً (الثاني) أن يكون النقصان في كليهما فالجزء التالف مضمون بقسط من أقصى القيم من يوم النصب إلى التلف والنقصان الحاصل بتفاوت السوق في الباقي بالردود غير مضمون مثاله غصب ثوباً بقيمته عشرة وانخفض السوق فعادت قيمته إلى درهم ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى نصف درهم يردّه مع خمسة دراهم لأن الاستعمال والابلاء تذهب أجزاء من الثوب وتلك الأجزاء والصورة هذه نصف الثوب لانتهاء قيمته إلى نصف درهم بعد ما كانت قبل الاستعمال درهماً فيغرم النصف بمثل نسبته من أقصى القيم كما يغرم الكل عند تلفه بالأقصى ولو كانت القيمة عشرين وعادت بانخفاض السوق إلى عشرة ثم لبسه وأبلاه حتى عادت إلى خمسة لزمه مع رده عشرة ولو كانت عشرة وعادت بانخفاض السوق إلى خمسة ثم لبسه وأبلاه حتى عادت إلى درهين لزمه مع رده ستة لأنه تلف بالابلاء ثلاثة أخماس الثوب فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم وذكر الشيخ أبو علي أن بعض من شرح المولدات أخطأ في هذه الصورة فقال يلزمه ثلاثة لأنها الناقصة بالابلاء ولا عبرة بالخمسة التي هي نقصان السوق وقياس قول هذا القائل أن يلزمه في الصورة الأولى وهي المذكورة في الكتاب نصف درهم وفي الثانية خمسة دراهم ولو غصبه وقيّمته

في الجواب اختلاف لكن ذكرت ما على وبينت ما اقتضته الدلالة عندى (قلت) وهذا حسن ووافقه الغزالي فيه وهو يقتضى انها اذا كانت في موضع غير معد للزرع ولا للغرس كالاراضى بين البنين في كثير من المواضع فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعاً فيها ليس بعيب ولذلك شرطنا في أول الكلام تبعاً للرافعى أن تكون مقصودة للغراس والزرع واستثنى هو أيضاً أن تكون الأرض مبيعة لغير الغراس والزرع والله أعلم * (الضرب الثالث) أن لا تكون مضرّة بالغراس ولا بالزرع لبعدهما بينهما وبين وجه الأرض فليس هذا بعيب ولا خيار للمشتري (القسم الثانى) من أحوال الحجارة أن تكون مبنية في الأرض كالتي تكون في أبنائات الجدارات وما أشبهها فهى داخلية في البيع أيضاً لانها موضوعة للاستدامة وهذا على المذهب في أن بيع الأرض يستتبع البناء والطرق التي تقدمت في ذلك جارية فيه حرفاً بحرف كما اقتضاه كلام الامام وغيره قال في البحر وكذلك ان كان البناء منه مدمراً أو كانت في طى بئر خراب وهذا الكلام في الدخول (وأما) كونها عيباً فقد جعلها الرافعى في كونها عيباً اذا كانت مضرّة بالغراس والزرع كالحلوة (وأما) الماوردى فإنه قال إن الغالب فيما بني على الأرض من حجر أنه غير مضر بزرع ولا غرس لأن العروق جارية في مسنة الأرض ومشاربها قال فان كانت كذلك فلا خيار وان كانت مبنية بخلاف العرف في موضع مضر بالزرع فلمشتري الخيار على ماضى الا أن يسهل قلعها لقصر المدة وقلة المؤنة فلا خيار (٢) أثبتنا

(٢٩١) بياض
بالاصل فخر

عشرة فاستعمله أولاً حتى عادت بالابلاء الى خمسة ثم انخفض السوق فعادت قيمته الى درهمن فرده يلزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالابلاء ولا يغرم النقصان الحاصل في السوق في البالى الباقي ولو غصب ثوباً بقيمته عشرة ولبسه وأبلاه حتى عادت القيمة الى خمسة ثم ارتفع السوق فبلغت قيمته وهو بال عشرة فظاهر كلام ابن الحداد أنه يغرم مع رد الثوب عشرة لأن الباقي من الثوب نصفه وهو يساوى عشرة فلو بقي كله لسكان يساوى عشرين فيغرم عشرة للتالف واختلف الأئمة فيه فساعده بعضهم وخالفه الجمهور على انقسامهم الى مغلط ومؤول وقالوا لا يغرم مع رده الا الخمسة الناقصة بالاستعمال ولا عبرة بالزيادة الحاصلة بعد التلف الا ترى أنه لو تلف الثوب كله ثم زادت القيمة لم يغرم تلك الزيادة قال الامام والصفات كالأجزاء في ذلك كله حتى لو غصب عبداً صانعاً بقيمته مائة فنسى الصنعة وعادت قيمته الى خمسين ثم ارتفع السوق فبلغت قيمته ناسياً مائة وقيمة مثله اذا أحسن تلك الصنعة مائتين لا يغرم مع رده الا خمسين واعلم أن الجواب في صور ابلاء الثوب كلها مبني على أن أجرة مثل المصوب لازمة مع أرش النقصان الحاصل بالاستعمال وهو الأصح وقد مر وجه آخر أنه لا يجمع بينهما فعلى ذلك الوجه الجواب لزوم أكثر الامرين من المقادير المذكورة أو أجرة المثل

الخيار فاختر اتمام البيع فانه يمسك الارض والحجارة بجميع الثمن (القسم الثالث) أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف وقيل ان ذلك كان عادة أهل الحجاز ينحتون الاحجار ويدفنونها إلى وقت الحاجة إليها ولا خلاف انها لا تدخل في بيع الارض كالكنوز والاقشة نص عليه الشافعي رضي الله عنه والاصحاب وقول المصنف ليست من أجزاء الارض إحتراز من المعدن (وقوله) ولا هي متعلقة بها احتراز من البناء والغراس ثم لا يخلو المشتري اما أن يكون عالما بالحال أو جاهلا ان كان عالما فلا خيار له في فسخ العقد وان تضرر بقلع التابع سواء كانت الارض خالية عن غراس وبناء أو غير خالية ودخل في العقد اما تبعا أو مع التصريح وللبائع النقل وان أضر بالمشتري بان كان تنقص قيمة الارض أو الغراس أو الزرع الداخل في العقد أو الذي أحدثه المشتري بعده ولم ينقص وان أبى البائع القلع فلمشتري إجباره عليه سواء كان بقيتها تضر أو لا * وفي الوسيط حكاية وجه أنه اذا لم يتضرر لم يجبره على النقل وسيأتي مثله فيما اذا كان جاهلا (والصحيح) الاول وان للمشتري إجبار البائع على القلع والنقل تفرغا للملك بخلاف الزرع فان له أمداً ينتظر ولا أجرة للمشتري في مدة القلع والنقل وان طالت كما لو اشترى داراً فيها أقشة وهو عالم بها لا أجرة له في مدة النقل والتفريغ ويجب على البائع اذا نقل تسوية الارض * وان كان المشتري جاهلاً بالحجارة فللحجارة بالنسبة الى الضرر في قلعها وتركها احوال أربعة (احدها) أن يكون تركها غير مضر بعدها عن عروق الغراس والزرع وقلعها غير مضر لانه

ولو اختلف المالك والغاصب في قيمة الثوب الذي أبلاه أنها متى زادت فقال المالك زادت قبل الإبلاء فاعرم التالف بقسطه منها وقال الغاصب بل زادت بعده قال ابن سريج المصدق الغاصب لأنه غارم كما لو تلف كله واختلفا في أن القيمة قبل التلف أو بعده (وأما) القسم الثالث وهو أن يكون النقصان في شيء من الأجزاء والصفات بعدها فيوضحه المسائل الآتية على الأثر *

قال ﴿ ولو مزق الثوب خرقاً لم يملكه ﴾ (ح) بل يرد الخرق وأرش النقص * وإن كانت الجناية لا تقتف سرايتها إلى الهلاك كما لو بل الحنطة حتى تعفنت * أو اتخذ منها هريسة * أو من التمر والسمن حلواء فنص الشافعي رحمه الله عليه أن المالك بالخيار بين أن يأخذ المعيب وأرش النقص أو يطالب بمثل أصل المال فان مصيره إلى الهلاك في حق من لا يرده فكأنه هالك * وفيه قول مخرج وهو القياس أنه ليس له إلا ما بقي من مملكته وأرش النقص * ﴿

النقصان الحاصل في المغصوب نوعان (أحدهما) مالا سراية له فعلى الغاصب إرشه ورد الباقي لافرق في ذلك بين أن يكون الأرش قدر القيمة كما في قطع يدي العبد أو دونها ولا بين أن يفوت معظم منافعه أولاً يفوت ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الأسم الأول وأن لا يبطل قال أبو حنيفة

لم يحصل في الارض غراس ولا زرع فالبيع لازم ولا خيار للمشتري وللبائع النقل وللمشتري اجباره عليه على المذهب وحكى الامام وجها ضعيفا أنه لا يجبر والخيرة للبائع والمذهب الاول قال الاصحاب فلو سمح بها للمشتري لم يلزمه القبول لانها هبة محضة والرافعي أطلق تصوير المسألة في نفي الضرر فلم يحتج الى زيادة على ذلك والماوردي أراد بالضرر ضرر الزرع والغراس فلذلك قال ما ندكره ملخصا من كلامه وكلام غيره وهو أنه اذا قلعه فان كان المشتري عالما بالحجارة فلا أجره له على البائع في مدة القلع لان علمه بها يجعل قلعه مستثني ككتبية ثمرة البائع على نخل المشتري وان كان المشتري غير عالم بالحجارة فان كان زمان القلع يسيراً لا يكون مثله أجره كيوم أو بعصه قاله الماوردي وغيره فلا أجره على البائع وان كان كثيراً كيومين وأكثر قاله البندنجي فان كان بعد قبض المشتري وجب على البائع أجره المثل على الصحيح لتفويته على المشتري منفعة تلك المدة وهل يجب عليه تسوية الارض واصلاح حفرها بقلع الحجارة فيه طريقان (أحدهما) التقطع بالوجوب وهو قول الماوردي (والثانية) على وجهين في التثمة ولا خيار للمشتري كما لو قطع البائع يد العبد المبيع بعد القبض وجب الأرش ولا خيار وان كان قبل قبض المشتري ففي وجوب الأجرة على البائع وجهان (أحدهما) نعم كما بعد القبض (والثاني) ونسبه الماوردي الى جمهور أصحابنا أنه لا أجره عليه لأن منفعة الأرض قبل القبض مفوتة على المشتري بيد البائع على الأرض أخذاً من أن جنايته كالآفة السماوية (فاما) تسوية الارض

إذا كان الواجب قدر القيمة أو فوت الغاصب معظم منافعه بجنايته كما لو مزق الثوب المغموص خرقاً أو شقه طولاً أو كسر قوائم الدابة أو بعضها لم يكن للمالك أن يفرمه شيئاً الا أن يترك المغموص اليه وكذا لو ذبح الشاة أو صغ الثوب بما لا يقبل بعده لونا آخر وهو السواد قال فاذا تصرف فيه بما أبطل الاسم الأول ملك وغرم قيمته ولا سبيل للمالك إلى أخذه منه وهذا كما إذا غصب حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه أو شاة فذبحها وشواها أو صفراً واتخذة آنية أو ثوباً غلط منه قيصاً وساعدنا في قطع أذن الدابة واحدى يدي العبد وما أشبهها أنه يأخذ الباقي ويفرمه الأرض واحتج الشافعي رضي الله عنه فقال جناية قطع اليدين فوق جناية قطع احدهما فاذا لم يستفد بالفرامة في أدني الجنايتين ملكا وجب أن لا يستفيد في أعلا الجنايتين بطريق اولى وعبرة الاصحاب أنه جنى على ملك الغير فلا يتوقف تعريمه على تملكه كما لو قطع احدى اليدين ولو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب وتعريمه بدله لم يكن له ذلك فانه عين ملكه وتقل صاحب المذهب وغيره وجهاً أنه إذا طحن الطعام المغموص للمالك ترك الدقيق ومطالبته بالمثل لانه أقرب إلى حقه من الدقيق (والنوع الثاني) ماله سرية لا تنال تزداد إلى الهلاك السكلى كما لو بل الحنطة وتمكن منها العفن السارى أو اتخذ من الحنطة

واصلاح حفرها فقيهه طريقان قال الماوردي فلا يجب على البائع وجهاً واحداً لكن يجب بذلك للمشتري خيار الفسخ لانه عيب كما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض وقال غيره فيه وجهان (الحالة الثانية) أن يكون تركها مضراً لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضراً لما في الارض من غراس وزرع فان كان المشتري عالماً بالحجارة وبضررها فلا خيار له في الفسخ ولا أجرة له في القلع وان كان جاهلاً بما بالحجارة وما بضررها اما في القلع واما في الترك فله الخيار هكذا يقتضيه كلام الاصحاب وقال الرافعي للمشتري الخيار سواء جهل أصل الاحجار أو كونه قلعها مضراً فافعل قسماً آخر لم يشمله كلامه وهو ما إذا كان عالماً بالأحجار وبكون قلعها مضراً ولكن جهل كون تركها مضراً ففهم كلامه أنه لا يثبت له الخيار وليس كذلك لانه لا فرق بين ضرر الترك وضرر القلع في ذلك وقد يطمع في أن البائع يتركها فلا يحصل ضرر * إذا علم ذلك فاذا ثبت الخيار قال الاصحاب لا يسقط خياره بأن يترك البائع الاحجار لما في بقائها من الضرر وهل يسقط الخيار بأن يقول للمشتري لا تنسخ لاغرم لك أجرة مدة النقل فيه وجهان عن رواية صاحب التقريب (أصحهما) عند الامام والرافعي لا كما لو قال البائع لا تنسخ لاغرم لك الارش ثم ان فسخ رجع بالثمن والافعلي الزائع النقل وتسوية الارض سواء كان النقل قبل القبض أم بعده هكذا قال الرافعي وقد تقدم عن الماوردي أنه إذا كان قبل القبض لا تجب التسوية وجهاً واحداً بل يثبت به الخيار وكذلك صرح به ههنا هو

المقصوبة هريسة أو غصب سمناء وتمراً ودقيقاً واتخذ منها عصيرة نقل العراقيون عن نصه في الام انه يجعل كالهلاك ويغرم بدل كل مغصوب من مثل أو قيمة وقولا آخر عن رواية الربيع أنه يردده مع ارش النقصان ثم قالوا فيه طريقان للاصحاب (أحدهما) اثبات القولين وجه الثاني القياس على النوع الاول من النقصان ووجه الاول أنه مشرف على التلف والهلاك ولو ترك بحاله لفسد فكأنه هالك (والطريق الثاني) القطع بالقول الاول وجعله كالهلاك أظهر عندهم سواء أثبت القولين أم لا وأما الامام وصاحب التهذيب فانهما رويا في المسألة قولين (أرجحهما) أنه يردده مع ارش النقصان وليس للمالك الا ذلك (والثاني) انه يتخير للمالك بينه وبين أن يغرمه بدل ماله من مثل أو قيمة ويجعل كالهلاك لان ارش النقص الساري لا يكاد ينضبط فله أن يكفي نفسه مؤنة الاطلاع عليه وايضاً فانه اذا لم يردده وتركه بحاله أي هلك بخلاف ما اذا طحن الحنطة فانه يرد الدقيق فلو ترك بحاله لايهلك ونسب الامام التخير هكذا إلى نص الشافعي رضي الله عنه وبه أجاب طائفة منهم الشيخ أبو محمد والمسيودي وهو كالمعتوسط بين ما اختاره العراقيون وبين ما اختاره الامام وصاحب التهذيب وذكر البندنجي قولاً آخر عن رواية أبي اسحق في الشرح أنه يتخير الغاصب بين أن يسكنه ويغرمه وبين أن يردده مع ارش النقصان

والشيخ أبو حامد ورجحه الروياني (أما) بعد القبض فتجب التسوية على المشهور وقد تقدم ذكر وجهين في التهمة وفي أجرة النقل ثلاثة أوجه (ثالثها) وهو الاظهر وهو قول أبي اسحق المروزي على ما نقله أبو الطيب الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض فلا يجب أو بعده فيجب (والصحيح) عند الشيخ أبي حامد أنها لا تجب مطلقاً والكلام في وجوب الاجرة والتسوية في هذا القسم والذي قبله

ويخرج المختصر من هذه الروايات أربعة أقوال (تفريعه) كاهلاك (رده) وارش النقصان (تخيير) للمالك (تخيير) الغاصب وإذا قلنا بالاول فقد أورد أبو سعيد المتولى وجهين في أن الحنطة المبلولة لمن تكون (أحدهما) تبقى للمالك كيلا يكون العدوان قاطعاً حقه كما لو نجس زيتة وقلنا انه لا يظهر بالغسل فان كونه للمالك أولى به (والثاني) ان يكون للغاصب لانا ألحقناه بالهلاك في حق المالك ولو هلك لم يكن للمالك غير ما أخذه ضمناً وكذلك ههنا وإذا حكمنا بتفريعه الارش مع الرد فانه يغرم ارش عيب سار وهو أكثر من ارش الفائم ثم قال الشيخ المتولى ان رأى الحاكم أن يسلم الجميع اليه فعل وان رأى سلم ارش النقص المتحقق في الحال اليه ووقف الزيادة الى أن تنقن نهايته وفي هذا توقف لان المعقول من ارش العيب الساري ارش العيب الذي شأنه السراية وانه حاصل في الحال أما المتولد منه فيجب قطع النظر عنه اذ الكلام في النقصان الذي لا تنقن سرايته الى الهلاك فلو نظرنا الى المتولد معه لانجر ذلك الى ان يكون ارش العيب الساري تمام قيمته وهو عود الى القول الاول وقد بين في شرح المفتاح الشيخ أبو حامد السلمي ذلك فانه قال في التعبير عن قول التخيير ان شاء المالك ضمنه ما قص الى الآن ثم لاشيء له من زيادة فساد تحصل من بعدوان شاء تركه اليه وطالبه بجميع البدل * ومن صور النوع الثاني ما اذا صب الماء في الزيت وتعذر تخليصه منه فاشرف على الفساد وعن الشيخ أبي محمد تردد في مرض العبد المغصوب اذا كان سارياً عسر العلاج كالسل والاستسقاء ولم يرتضه الأمام لأن الرض المتيوس منه قد يبرأ والعفن المفروض في الحنطة يفضي الى الفساد لا محالة (وقوله) في الكتاب وفيه قول مخرج لم أجد غيره يصغه بكونه مخرجا وقد ذكرنا انهم نقلوه عن رواية الربيع ولا حاجة مع النقل الى التخيير نعم ربما لا يبلغ النقل المخرج فيقع الحافر على الحافر *

قال ﴿ ولو جني العبد المغصوب جناية قتل بها قصاصاً ضمن الغاصب للمالك أقصى قيمته اذ حصل الفوات تحت يده ﴾ وان تعلق الارش برقبته ضمن الغاصب للمجني عليه كما يضمن المالك اذا منع البيع وكأن الغاصب مانع * فان تلف العبد في يده ضمن المجني عليه الارش والمالك القيمة * وان سلم القيمة الى المالك فلم يجني عليه التعلق به لأنه بدل عبد تعلق به ارشه * فاذا أخذه المجني عليه رجع المالك على الغاصب بما أخذه لانه لم يسلم له *

واحد وكذلك لم يتكلم الرافعي عليه إلا في هذا القسم واعلم أن الرافعي رحمه الله تعالى أطلق الخلاف في وجوب الأجرة هكذا ومن جملة أقسام ما فرضه أن يكون عالماً بالحجارة جاهلاً بضررها مع أن الرافعي أطلق أولاً أيضاً أنه متى كان عالماً بالحال فلا أجرة وقد يقع بين هذين الكلامين التباس فالصواب في بيان ذلك وتحرير حمل وجوب الأجرة ما قاله والقاضي أبو الطيب والماوردي جعلاً محله إذا كان جاهلاً بالحجارة وبضررها

مقصود الفصل الكلام في جناية العبد المغصوب وسبب ذكره في هذا الموضع ان الجناية احد انواع المقصان ونحن نذكره ونضم اليه حكم الجناية عليه اما جنيته فينظر ان جنى بما يوجب القصاص واقتص منه في يد الغاصب غرم الغاصب أقصى قيمه من يوم الغصب الى الاقتصاص وان جنى بما يوجب القصاص في الطرف واقتص منه في يده غرم بدله كما لو سقط بأفه ولو اقتص منه بعد الرد الى السيد غرم الغاصب أيضاً لأن سبب الفوات حصل في يده وكذا الحكم لو ارتد أو سرق في يد الغاصب ثم قتل أو قطع بعد الرد الى المالك ولو غصب مرتد أو سارقاً فقتل أو قطع في يد الغاصب هل يضمنه الغاصب في النهاية أنه على الوجهين في أنه اذا اشترى مرتد أو سارقاً فقتل أو قطع في يد المشتري فن ضمان من يكون القطع والقتل ولو جنى المغصوب على نفس أو مال جناية توجب المال متعلقاً برقبته فعلى الغاصب تخليصه بالفداء قال الامام وبم يفديه بارش الجناية بالغاً ما بلغ أم بأقل الامر من الأرض ومن قيمة العبد فيه قولان كما اذا أراد المالك تخليص العبد الجاني وفداه قال وهذا لان وجوب بذل الارش بتمامه في حق المالك ووجهه أنه امتنع من البيع ولو رغب فيه ربما وقع الظفر بمن يشتره بمقدار الارش ومثل هذا موجود في حق الغاصب لأنه بالغصب مانع ملكه من يده وينزل ذلك منزلة المالك المانع ويترتب عليه تضمينه الجنى عليه وهذا ما أشار اليه صاحب الكتاب بقوله كما يضمن المالك إذا منع البيع وكان الغاصب مانعاً ولك أن تقول لو كان يضمنه للمنع من البيع اسقط الضمان اذا رده الى المالك لارتفاع الحيولة ولا يسقط بل لو بيع في الجناية بعد الرد الى المالك غرمه الغاصب أيضاً كما سيأتى ولم يوجه العراقيون تضمينه بذلك وانما وجهوه بان جناية العبد لنقص دخله فكان كسائر وجوه النقصان وسواء جرى الوجهان كما ذكره الامام أولاً فالظاهر أنه لا يجب على الغاصب تحصيله إلا بأقل الامر من وهو المذكور في التتمة فاذا ثبت أن الجاني والجناية مضمونان على الغاصب فلا يخلو إما ان يتلف العبد في يد الغاصب أو يرد ان تلف في يده فلمالك تقر به أقصى القيم فاذا أخذها فلم يجني عليه إن لم يغرم الغاصب له بعد أن يغرم الغاصب وله أن يتعلق بالقيمة التي أخذها المالك لأن حقه كانت متعلقاً بالرقبة فيتعلق ببدها كما أن العين المرهونة إذا أتلها متلف يتوثق المرتهن ببدها وحكى الشيخ أبو على وجهاً أن القيمة المأخوذة تسلم للمالك ولا يطالبه الجنى

فان كان عالماً بالحجارة غير عالم بضررها فانه يثبت له الفسخ لعدم علمه بالضرر ولا يستحق الاجرة وان أقام لعلمه بالحجارة وان العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى وكذلك قال في القسم الذي تقدم وينبغي أن ينزل كلام الرافعي على هذا التفصيل فانه مع العلم بالحجارة يمنع ايجاب الاجرة كالثمرة المؤبرة وزمان تفريغ الدار من القماش وما أشبه ذلك قال الرافعي ويمرر مثل هذا الخلاف في وجوب الأرض لو

عليه بها وانما يطالب الغاصب كما أن المجني عليه لو أخذ الأرض لم يكن للمالك التعاق به فهم كرجلين لكل واحد منهما دين على ثالث والصحيح الاول واذا أخذ المجني عليه حقه من تلك القيمة يرجع المالك بما أخذه على الغاصب لأنه لم يسلم له بل أخذ منه بجنابة مضمونه على الغاصب ثم الذي يأخذه المجني عليه قد يكون كل القيمة بان كان الأرض مثل القيمة وقد يكون بعضها بان كانت القيمة الفا والأرض خمسةائة فلا يأخذ الا خمسةائة ولا يرجع المالك الا بخمسةائة لان الباقي قد سلم له وكذا لو كان العبد يساوى الفأفرجع بانخفاض السوق الى خمسةائة ثم جنى ومات عند الغاصب فغرمه المالك الالف لم يكن للمجني عليه الا خمسةائة وان كان أرض الجناية الفا لانه ليس له عليه الا قدر قيمة الجناية وان رد العبد الى المالك نظر ان رده بعد ما غرم المجني عليه فذاك وان رد قبله فبيع في الجناية رجع المالك على الغاصب بما أخذه منه لان الجناية حصلت حين كان العبد مضمونا عليه ويخالف ما اذا جنى في يد المالك ثم غصبه غاصب فرده ثم بيع في تلك الجناية حيث لا يرجع المالك بشيء لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون عليه ووقع ابن الحداد على ذلك فقال اذا جنى في يد المالك جناية تستغرق قيمته ثم عصب وجنى في يد الغاصب جناية أخرى مستغرقة ثم رده الى المالك ثم بيع في الجنائيتين وقسم الثمن بينهما نصفين يرجع المالك على الغاصب بنصف قيمة العبد لان احدى الجنائيتين وجدت والعبد في ضمانه فاذا أخذه كان للمجني عليه الأول التعاق به ولا حق للمجني عليه الثاني ووجه الشيخان أبو على وأبو محمد بان سبب وجوب هذا النصف انما هو الغصب فانه بالغصب ضمن ما يجنى المغصوب والغصب مقدم على الجناية الثانية فلا يأخذ المجني عليه الثاني بما يوجب به شيئاً كما لو جنى عبده على رجل ثم قطعت يده ثم جنى على آخر ثم قتل أو مات من سرية القطع فان أرض اليد لا يأخذ منه المجني عليه الثاني شيئاً لوجوبه بالقطع المتقدم على الجناية عليه ثم اذا أخذ المجني عليه الأول لم يرجع المالك على الغاصب لانه أخذه بسبب جناية غير مضمونة على الغاصب ولو كان الفرع بحاله وتلف العبد بعد الجنائيتين في يد الغاصب فله طلب القيمة من الغاصب ولم يجنى عليه أخذها فاذا أخذها فللمالك الرجوع بنصفها على الغاصب لانه أخذ منه النصف بجنابة مضمونة على الغاصب فاذا رجع فله المجنى عليه الأول أخذه لأنه بدل ماله ليق به حقه قبل الجناية الثانية واذا أخذه لم يكن له الرجوع على الغاصب مرة أخرى لأنه مأخوذ بجنابة غير

بقي في الارض بعد التسوية نقصان وعيب وكذا قاله القاضي حسين فسلكا بالارش مسلك الاجرة ولم يسلكا ولا من وافقهما فيما تقدم بالتسوية مسلك الاجرة بل أوجبوها مطلقاً وكذلك الشافعي رضى الله عنه في الام أطلق وجوب التسوية وهو الذي قاله المحاملي والقاضي حسين والامام وابن أبي هريرة أيضاً أوجب التسوية قبل القبض ولم يوجب الاجرة كما فعل الرافعي وقد يقال في الفرق إن المنافع

مضمونة على الغاصب هذا ظاهر المذهب في الحالتين وقيل اذا رد العبد وبيع في الحالتين فالنصف الاول يرجع به المالك سلم له ولا يؤخذ منه وانما يطالب المجنى عليه الاول الغاصب بنصف القيمة واذا ثبت في يد الغاصب بعد الجنائيتين لا يأخذ المالك شيئاً والمجنى عليه الاول يطالب الغاصب بتمام القيمة والمجنى عليه الثاني يطالبه بنصف القيمة ولو جنى العبد المغصوب في يد الغاصب أولاً ثم رده الى المالك فجنى في يده جنائية أخرى وكل واحد منهما مستغرق القيمة فبيع فيهما وقسم الثمن بينهما فللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجنائية التي هي مضمونة عليه فاذا أخذه قال الشيخ أبو علي سمعت الشيخ القفال مرة يقول ليس لواحد من المجنى عليهما أخذه (أما) الثاني فلا أن الجنائية عليه مسبقة بجنائية مستغرقة وحق الثاني لم يثبت إلا في نصف القيمة وقد أخذ (وأما) الأول فلا أن حق السيد في القيمة ثبت بنفس الغصب وهو مقدم على حق المجنى عليه فما لم يصل حقه اليه لا يدفع الى غيره شيئاً وقال وليس هذا بشيء بل للمجنى عليه الاول أخذه كما في المسألة السابقة ولا عبرة بشبوت حق السيد في القيمة فان حق السيد وان كان متقدماً فيتقدم عليه حق المجنى عليه كما في نفس الرقبة قال وقد ناظرت القفال فرجع الى قولي وعلى هذا فاذا أخذه المجنى عليه الاول رجع به المالك على الغاصب مرة أخرى ويسلم له المأخوذ ثانياً لأن الاول قد أخذ تمام القيمة والثاني لم يتعلق حقه الا بالنصف وقد أخذه ولو جنى في يد الغاصب ثم في يد المالك كما صورنا ثم قتله الغاصب أو غصبه ثانياً فمات عنده أخذت القيمة منه بين المجنى عليهما ثم للمالك أن يأخذ منه نصف القيمة لانه أخذ منه بسبب جنائية مضمونة عليه فاذا أخذه كان للمجنى عليه الاول أن يأخذه منه ثم له أن يرجع به على الغاصب مرة أخرى ويسلم له المأخوذ في هذه المرة وقد غرم الغاصب والصورة هذه القيمة مرتين مرة بجنائية العبد في يده ومرة بالقتل وعلى قياس الوجه الذي سبق يأخذ المجنى عليه الاول تمام القيمة من الغاصب والثاني نصف القيمة والمالك نصف القيمة ولا تراجع * هذا هو القول في جنائية العبد المغصوب (وأما) الجنائية عليه فان قتل نظران وجب القصاص بأن كان القاتل عبداً والقتل عمداً فللمالك القصاص فاذا اقتصر برىء الغاصب لأنه أخذ بدل عبده ولا نظر مع القصاص إلى تفاوت القيمة كما لا نظر في الاحرار إلى تفاوت الدية فان لم يجب القصاص بأن كان الجاني حراً فعليه بالجنائية قيمة يوم القتل سواء قتله

والاوصاف لايقابلها شيء من الثمن فلذلك ثبت له الخيار فقط لأنه عيب ولم يضمن تخريجاً على أن جناية البائع كالأفة السماوية (وأما) الحفر في الأرض فإنه أذهب بعض أجزاء المبيع لأن التراب بعض الأرض فيجب عليه إعادتها ولذلك قال ابن الرفعة خيال ضعيف ثم هو غير مستمر لأن التراب الذي كان في موضع الحفر كان قد بان وسلك به مسلك الأجزاء فينبغي انقضاء العقد فيه وليس كذلك

الغاصب أو أجنبي والمالك بالخيار بين أن يطالب به الغاصب أو الجاني لكن القرار على الجاني ثم إن كانت قيمته قبل يوم القتل أكثر ونقصت في يد الغاصب فعليه ما نقص بحكم اليدوان كان الجاني عبداً فإن سلمه سيده وبيع في الجناية نظراً كان الثمن مثل قيمة المصوب أخذه ولا شيء له على الغاصب إلا إذا كانت القيمة قد نقصت عنه قبل القتل وإن كان الثمن أقل أخذ الباقي من الغاصب فإن اختاره سيده فدهاه (إن قلنا) يفديه بالأرض أخذه ولا شيء له على الغاصب الأعلى التقدير المذكور (وإن قلنا) يفدى بالأقل من أرض الجناية وقيمة الجاني فإن كانت قيمة المصوب أكثر من قيمة الجاني فالباقي على الغاصب إن كانت أقل أمثلها أخذها المالك ولا شيء له على الغاصب إلا على التقدير المذكور ولو اختار المالك تعريم الغاصب الفداء فله ذلك ويأخذ منه جميع قيمة المصوب ثم يرجع الغاصب على سيد العبد الجاني بما غرم إلا مالا يطالب به إلا الغاصب هذا إذا كانت الجناية قتلاً (أما) الجراحات فاما أن يكون لها أرش مقدّر في حق الحر أولاً يكون لها أرش مقدّر فالواجب في القسمين ما بيننا من قبل فإذا كان الواجب ما نقص من قيمته بالجناية كان المرعى حالة الاندمال فإن لم يكن حينئذ نقصان لم يطالب بشيء وإذا كان الواجب مقدراً من القيمة كالمقدّر من الدية فيؤخذ في الحال أم يؤخر إلى الاندمال فيه قولان كالألف كانت الجناية على الحر وسيأتي ذلك في موضعه وإذا كان الجاني غير الغاصب وغرمناه القدر من القيمة وكان النقص أقصر من ذلك المقدّر فعلى الغاصب ما زاد على المقدّر فإن كان المقدّر أكثر مما نقص من القيمة فهل يطالب الغاصب بالزيادة على ما نقص من القيمة ذكرنا فيما إذا سقطت يده بآفة أن الأصح أنه لا يطالب وههنا الظاهر أنه يطالب والقرار على الجاني وترددوا فيما إذا قطعت يده قصاصاً أو حداً لأنه يشبه السقوط بآفة من حيث أنه تلف بلا بدل ويشبه الجناية من حيث حصوله بالاختيار فإن اجتمعت جناية المصوب والجناية عليه كما إذا قتل العبد المصوب إنساناً ثم قتله في يد الغاصب إنساناً فالمصوب منه أن يقتص ويسقط به الضمان عن الغاصب ويبطل حق ورثة من قتله المصوب لأن العبد الجاني إذا هلك ولم يحصل له عوض يضيع حق الجاني عليه نعم لو كان المصوب قد نقص عند الغاصب بعروض عيب بعد ما جني فلا يبرأ الغاصب من أرش ذلك النقصان ولولى من قتله التمسك به وإن عرض عيب قبل جنايته فاز المصوب منه بالأرض لأن الجزء

وان كان باقياً قد زال عنه ذلك الموضع عيب فرده من باب إزالة العيب ولا يلزمه وإيجاب عين أخرى يسوى بها الحفر أبعد والله أعلم ومن صرح بأن الارش كالأجرة صاحب التقريب فيما حكاه عنه الامام أنه حكى في الارش الأوجه الثلاثة التي في الأجرة وقد جعل صاحب التتمة حكم التسوية قبل القبض مبنياً على جنابة البائع (ان قلنا) كالأجرة السماوية لم يجب وهذا يوافق ما ذكرناه عن الماوردي

المقابل للارش كان مقصوداً عند الجنابة ولو لم يقتصص المغصوب منه بل عفى على المال أو كانت الجنابة موجبة للمال فحكم تغريمه وأخذ المالك على مامر في الجنابة عليه من غير جنابة منه ثم اذا أخذ المالك كان لورثة من جنى عليه عبده التعلق به لأنه بدل الجاني على مورثهم فاذا أخذوه رجع المغصوب منه على الغاصب مرة أخرى لأنه أخذ منه بسبب جنابة مضمونة عليه ويسلم له المأخوذ ثانياً على مامر نظيره * قال ﴿ واذا نقل الغاصب التراب من أرض المالك فعليه رد التراب بعينه أو رد مثله أو الارش لتسوية الحفر * والبائع اذا قلع أحجاره يكفيه تروية الحفر ولا يلزمه الارش * وقيل في المسألتين قولان بالنقل والتخريج * والاكتفاء بالتسوية في المرعطين أولى فانه لا يتفاوت بخلاف بناء الجدار بعد هدمه * وليس للغاصب أن ينقل التراب الى ملكه الا باذنه * فان منعه لم يكن له ذلك الا اذا تضرر الغاصب به لتضييقه ملكه أو لوقوعه في شارع يحذر من التعثر به ضماناً * ولو حفر بئراً في داره فله طمها وان أباه المالك ليخرج عن عهدة ضمان التردى فان أبرأه المالك فالأظهر أن رضاه الطارىء كالرضا المقرن بالحفر حتي يسقط الضمان به فلا يجوز له الطم بعد رضاه *

نقل التراب من الأرض المغصوبة تارة يكون من غير احداث حفرة فيها كما اذا كشط عن وجهها وتارة يكون باحداث حفرة فيها كما اذا حفر بئراً أو شق نهراً (الحالة الاولى) إذا كشط وجه الارض ونقل التراب للمالك اجباره على رده ان كان باقياً وان تلف وانمحق بهبوب الرياح والسيول الجارية رد مثله اليه وعليه اعاده وضعه وهيئته كما كانت من انبساط أو ارتفاع وان لم يطالبه المالك بالرد نظر ان كان له فيه غرض بأن دخل الارض تقصص وكان ذلك التقصص يرتفع بالرد ويتوقع منه الارش أو كان نقل التراب الى ملكه وأراد تغريمه أو الى ملك غيره أو شارع يحدث من التعثر به الضمان فله الاستقلال بالرد وان لم يكن شيء من ذلك بل نقله الى موات أو من أحد طرفي الارض المغصوبة إلى الآخر فان منعه المالك من الرد لم يردده وان لم يمنعه فهل يفتقر الرد الى اذن المالك حكى في التتمة فيه وجهين بناء على الوجهين في أنه اذا منعه فخالف فرد فهل للمالك مطالبته بالنقل ثانياً إلى الارض (إن قلنا) لارد من غير اذن المالك (وان قلنا) نعم افتقر الى اذنه وهو المذكور في الكتاب وهو الاظهر واذا كان له غرض في الرد فردده الى الارض فمنعه المالك من بسطه لم يبسط وان كان في

وهو الصواب وحكى صاحب التتمة وجهين في وجوب التسوية بعد القبض لأن التسليم في القدر المتصل بملكه لم يتم كما يقوله في وضع الجوائح والشافعي رحمه الله تعالى في الام أطلق وجوب التسوية ولم يفصل بين ما قبل القبض وبعده ولذلك قال ابن الرفعة ان الذي يقع في النفس صحته الجزم بوجوب التسوية والاجبار عليها كما هو ظاهر النص وقول الجمهور ولا نظر إلى ما بعد القبض وقبله فان التسوية عبارة عن الموضع الذي يجب تسليمه فيه إلى غيره وجب عليه إعادته إلى ذلك الموضع بلا خلاف وعقب الطلب انتهى واعلم أن الشافعي والأصحاب رضى الله عنهم المطلقين وجوب التسوية لم يبينوا

الاصل مبسوطا (الحالة الثانية) اذا حفر في الارض المغصوبة بئراً فأمره المالك بطمها لزمه الطم وان لم يأمره المالك كان له أن يستقل بالطم ليدفع عن نفسه خطر الضمان لو تردى فيها مترد وأيضا فقد يكون في الطم بعض الاغراض المذكورة في الحالة الاولى وقال المزني لا يطم الا باذن المالك فان منعه المالك وقال رضيت باستدامة البئر فان كان للغاصب غرض في الطم سوى دفع ضمان التردى فله الطم وان لم يكن له غرض سواء فوجهان (أحدهما) له الطم أيضا لان الاذن الطارىء لا يرفع حكم الحفر المتقدم (وأظهرهما) ويحكي عن أبي حنيفة المنع ويندفع عنه الضمان لخروجه عن أن يكون جنابة وتعديا ولو لم يقل رضيت باستدامتها واقتصر على المنع من الطم ففي التتمة أنه كما لو صرح بالرضى لتضمنه إياه وقال الامام لا يتضمنه ولو كان الغاصب قد طم البئر بآلة نفسه فله قتلها وللمالك اجباره عليه فان تركها ووهبها منه لم يلزمه القبول على أظهر الوجهين وحيث قلنا في الحالتين انه يرد التراب الى الارض المغصوبة لوقوعه في ملكه أو في شارع فذاك إذا لم يتيسر نقله الى موات ونحوه في طريق الرد فان تيسر لم يرد الا بالاذن قاله في النهاية وذكر أنه يستقل بطم البئر اذا بقى التراب الاول بعينه (أما) اذا تلف ففي الطم بتراب آخر دون اذن المالك وجهان وينبغي أن يجري هذا الخلاف في الحالة الاولى وفيما اذا طلب المالك الرد والطم عند تلف ذلك التراب والظاهر فيها جميعاً أنه لا فرق بين ذلك التراب وغيره أما اذا أعاد هيئة الأرض في الحالتين الى ما كانت عليه اما بطلب المالك أو دونه نظر ان لم يتفق في الأرض نقص فلا ارش عليه ولكن عليه أجرة المثل لمدة الحفر والرد وان بقى فيها نقص وجب عليه الأرش مع الأجرة هذا ما به الفتوى في مسألة الفصل من اولها الى هذا الموضع ووراءه تصرف الأصحاب قالوا النص فيما نحن فيه أن يجب ارش النقص الحاصل بالحفر ولم يوجب التسوية لانه نص على ذلك فيما اذا غرس الارض المغصوبة ثم قلع بطلب المالك واذا باع أرضاً فيها أحجار مدفونة فقلعها ونقلها نص أنه يلزمه تسوية الارض واختلفوا فيها على طريقتين (أحدهما) أن في الصورتين قولين بالنقل والتخريج (أحدهما) أن الواجب في الموضعين ارش

ما إذا كانت مواضع الأحجار تحتاج في تسويتها الى تراب آخر هل يلزم البائع احضاره من خارج أو تسويتها ببقية الأرض أو يعيد الى تلك الحفر التراب الذى أخذ منها بالقلع خاصة وان لم يحصل به سدها كما أشعر به كلام ابن الرفعة المتقدم لكن المفهوم من لفظ التسوية هذا القسم الآخر فانه لا تسوية فيه لا سيما اذا كان مواضع الحجارة حفرًا كبارًا والتراب الذى فوق الحجارة يسير فاذا قلعت الحجارة بقى موضعها حفرًا لا يسده ذلك التراب الذى فوقها ولا تتساوى بقية الأرض فحمل التسوية على هذا المعنى فيه بعد وعلى تقدير ارادته يتجه الجزم بوجوب التسوية وفاء بمقتضى العقد وتسليم العقود عليه على حاله وسواء فى ذلك اذا لم يحصل بنقل التراب عن محله بالقلع عيب فى الارض او حصل

النقصان لأن الزام التسوية تقابل فعل بمثله فصار كما اذا هدم جدار الغير لا يكلف باعاده (والثانى) أن الواجب التسوية لتعود الأرض إلى ما كانت ومهما أمكن التضمين بالمثل لا يصار الى التضمين بالقيمة ويفارق هدم الجدار كما تقدم فى البيع (والطريق الثانى) تقرير النصين وفرقوا بان الغاصب متعدد فغالب عليه الأمر بإيجاب الارش لكن لامتنان لهذا الفرق لأن مؤنة التسوية قد تزيد على أرش النقصان الحاصل بالحفر فلا يظهر زيادة تغليظ بإيجاب الارش وأيضاً فانا اذا أوجبنا التسوية وبقى بعد التسوية نقصان من الارش يجب ارشه نص عليه الأئمة ولا يدمنه والا كان الغمان دون الفأنت وإذا أوجبنا ارش النقصان الباقى بعد التسوية مع التسوية لم يكن فيه تخفيف والله أعلم * وإذا نظرت فى لفظ الكتاب أنهمك ظاهره انصراف الطريقين الى شىء آخر وهو أن الواجب مجرد التسوية أم يجب مع التسوية ارش النقص الباقى لأنه قال فعليه رد التراب والارش وأيضاً قال يكفيه تسوية الحفر ولا يلزمه الارش وايضاً قال والاكتفاء بالتسوية فى الموضعين اولى لكن الاعتماد على ما قلناه وان كان المراد ما شعر به ظاهره كما انتظم الوجه بقوله فانه لا يتفاوت بخلاف بناء الجدار بعد هدمه لأن هذا المعنى لا يقتضى القناعة بالتسوية والاضراب عن ارش النقصان الباقى بعدها وانما هو توجيه القول الصائر الى وجوب التسوية والفرق بين اعادة الجدار بعد هدمه وبين التسوية على ما مر فاذن يجب تأويل ظاهر الكتاب بأن يحمل قوله فعليه رد التراب على رده وتسليمه الى المصوب منه لا الى الارش ويكون معنى قوله والارش لتسوية الحفر وقوله يكفيه تسوية الحفر ولا يلزمه الارش يؤمر بالتسوية ولا يكلف الارش أو ما أشبه ذلك ويجوز أن يعلم - بالواو - وقوله فى الكتاب وتسوية الحفر فى مسألة بيع الارض التى فيها حجارة مدفونة من كتاب البيع كما عرفته ههنا وكما قد أحلنا شىء من الكلام فيه الى هذا الموضع واعلم أن توجيه هذا الخلاف الذى شرحناه يقتضى طرده فى طم البئر لكانهم سكتوا عنه وقوله واما ليس له أن ينقل التراب الى ملكه يجوز اعلامه - بالواو - ولما سبق وقوله وله طمه وان أباه

ولكن أجاز المشتري فإن الأجازة لا تمنع من المطالبة بتسليم عين أجزاء المبيع على حالها وعلى هذا لوعدم ذلك التراب المقول بالسكينة وكان له قيمة ينبغي أن يكون كنف بعض العقود عليه وإن كان المراد القسم الثاني وهو أن تسويته ببقية الأرض فبعيد لأنه لا يحصل بذلك إعادة المبيع إلى ما كان بل يتغير كله وإن كان المراد التسوية بالتراب المقلوع فإن لم يكف فبتراب جديد فحينئذ لا يتجه الجزم بوجوبه لأن الزام البائع بتراب جديد لم يضع يده على مثله مع إجازة المشتري العقد بعيد بل الذي يتجه أن يقال إن البائع يجب عليه كمال التسليم بمقتضى العقد ومن ضرورته قلع الأحجار وإزالة التراب اللازم ثم إعادته على ما كان فإن لم يحصل بذلك زيادة عيب فلا كلام وإن حصل عيب قبل القبض وكان المشتري قد أجبر البائع على القلع بعد اطلاعه على الأحجار وعلمه بالحال فلا شيء له غير رد التراب لأن إجباره على القلع رضا بما يحصل منه من العيب وإن جهل الحال فإن حصل ذلك قبل القبض ثبت له الخيار فإن فسخ فذاك وإت أجاز وجب التراب خاصة وإن كان بعد القبض وكان ذلك مع جهل المشتري بالحال فإن العقد لم يتضمنه وجهل المشتري أثبت له الخيار فإذا أسقطه بالأجازة لم يبق له شيء آخر ثم التعيب الحاصل من القلع إن فرض غايته أن يجعل لتقدم سببه كعيب حاصل في يد البائع والمشتري قد رضي به لما ألزمه البائع بالقلع الذي ذلك التعيب من لوازمه فلا شيء له سواء

المالك أي لم يردده ولم يأذن فيه أما إذا صرح بالمنع مع الرضى باستدامة البئر فهو على الوجهين اللذين ذكرهما عقبه وليعلم قوله وإن أباه - بالزاي - وقوله فإن أبرأه المالك أي عن ضمان التردى وهذا اللفظ قد استعمله كثير من الأصحاب قال الامام وليس المراد منه حقيقة الإبراء فإن الضمان حق عساه يثبت لمتردى فكيف يبرىء عن حق الغير قبل ثبوته وإنما المراد الرضا بإبقاء البئر كما قدمناه *

قال ﴿ وإذا خصى العبد فعليه كمال قيمته ﴾ * فإن سقط ذلك العضو بأفة سماوية فلا شيء (و)

عليه لأنه به تزيد قيمته * وكذلك إذا نقص السمن المفرط ولم ينقص من القيمة ﴿

إذا خصى العبد المغصوب فهو على القولين السابقين في أن جراح العبد هل تنقدر (إن قلنا) بالجديد وهو أنه تنقدر لزمه كمال القيمة (وإن قلنا) لا تنقدر فالواجب ما نقص من القيمة فإن لم ينقص شيء فلا شيء عليه ولو سقط ذلك العضو بأفة سماوية وزادت قيمته وردده فلا شيء عليه على القولين نعم قياس الوجه الذي قدمناه في أنه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجناية أن يجب كمال القيمة فلو كان بالجارية سمن مفرط فزال ورجع إلى حد الاعتدال ولم تنقص قيمتها لم يلزمه شيء لأن السمن ليس له بدل مقدر بخلاف الانثيين ويجوز أن يعلم لما ذكرناه قوله فعليه كمال قيمته - بالواو - وكذا قوله فلا شيء عليه *

كان قبل القبض أم بعده ولعل ذلك مأخذ الشيخ أبي حامد ومن وافقه في قولهم بان التسوية لا تجب مطلقاً قبل القبض وبعده لكنه خلاف نص الشافعي رضي الله عنه وحينئذ اختار طريقة مفصلة وهى أن إعادة التراب الزائل بالقلع واجبة والزائد على ذلك ان وقع ذلك قبل القبض وحصل به عيب خرج على جنابة البائع (والأصح) أنها كالأفة السماوية فيقتصر على إثبات الخيار وان كان بعد القبض فيتخرج على القطع في يد المشتري بالسرقة السابقة في يد البائع (والأصح) أنه من ضمان البائع فتجب التسوية إن وقع بغير مطالبة المشتري وان وقع بمطالبة المشتري ففيه نظر وفي مأخذ الخلاف في الارش وازوم التسوية مزيد كلام مذكور في الغصب هذا كله اذا كان لذلك الزمان أجرة والا فلا أجرة على ما تقدم قال الماوردي وعلى جميع الأحوال ليس للبائع اقدار الحجارة في الأرض ان أقام المشتري على البيع (الحالة الثالثة) أن لا يكون في قلعها ضرر ويكون في تركها ضرر فيؤمر البائع بالقلع والنقل ويجبر عليه ولا خيار للمشتري كما لو اشترى داراً فلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال أو كانت منسدة البالوعة فقال أنا أصاحه وأقيمها لا خيار للمشتري (قلت) وههنا أولى بعدم الخيار لأن البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه وهناك لا يلزم البائع الاصلاح وازالة الخلل ثم ان الماوردي على عادته

قال ﴿ ولو عاد الزيت بالاغلاء الى نصفه ضمن مثل نصفه وان لم تنقص القيمة لأن له مثلاً * وكذا في اغلاء العصير * وقال ابن سريج لا يضمن في العصير لان الذاهب مائة غير متمولة بخلاف الزيت ﴾ *

اذا غصب زيتاً أو دهنًا فاغلاه فاما أن تنقص عينه أو قيمته أو كليهما أو لا ينقص واحد منهما فان نقصت عينه دون قيمته كما اذا غصب صاعين قيمتهما درهين فعاد بالاغلاء الى صاع قيمته درهين ففيه وجهان (أحدهما) ويروى عن صاحب السليخيص أنه يردده ولا غرم عليه لأن ما فيه من الزيادة والنقصان استند الى سبب واحد فيجبر النقصان بالزيادة (وأصحها) وهو المذكور في الكتاب أنه يردده ويغرم مثل الصاع الذاهب لان الزيت بدلا مقدراً وهو المثل فعاد كالأولى وخفى العبد والزيادة الحاصلة أثر محض لا يجبر به النقصان كما لا يستحق به الغاصب شيئاً إذا لم يكن نقصان * وان نقصت قيمته دون عينه رده مع ارض النقصان * وان انتقصا جميعاً فالواجب عليه مع رد الباقي مثل ما ذهب بالاغلاء إلا إذا كان ما تنقص من القيمة أكثر مما تنقص من العين فيلزمه مع مثل الذاهب أَرْضُ نقصان الباقي وان لم ينقص واحد منهما رده ولا شيء عليه * ولو غصب عصيراً وأغلاه فهل هو كالزيت حتى يضمن مثل الذاهب إذا لم تنقص القيمة فيه وجهان (أحدهما) نعم وبه قال أبو علي الطبري لأنه مضمون بالغلى كالزيت (والثاني) لا وبه قال ابن سريج والفرق أن حلاوة العصير باقية والذاهب

لما فسر الضرر بضرر الفراس والبناء قال ثم القول في الاجرة وتسوية الارض على مامضي فان أطلقت الكلام كما صنع الرافعي لم يحتاج الى ذلك وقد ذكر المصنف هذه الحالة في باب الرد بالعيب وسنشرحها هناك ان شاء الله تعالى (الحالة الرابعة) أن يكون في قلعها ضرر ولا يكون في تركها ضرر فله المشتري الخيار اذا كان جاهلاً فزأجاز في الاجرة ولا رش مأمور ولا يستطخياره أن يتولأقلع وأنرم الاجرة أوارش النقص قال صاحب التهذيب ويحى فيه مثل الخلاف المذكور في الحالة الثالثة ولورضي البائع بترك الاحجار في الارض سقط خيار المشتري ابقاء للعقد ثم ينظر إن اقتصر على قوله تركتها فهل هو تملك أو مجرد اعراض لقطع الخصومة فيه وجهان حكاهما الرافعي وهما كالوجهين في ترك النعل علي الدابة المردودة بالعيب (أحدهما) أنه تملك ليكون في مقابلة ملك حاصل (وأظهرهما) أنه قطع للخصومة لاغير وبالأول أجاب الماوردي وينبى علي الوجهين مالو قلعها المشتري يوماً ما أو بدى للبائع في تركها هل يمكن من الرجوع والاكثر أن له ذلك ويعود خيار المشتري وهو القياس وقال الماوردي والامام لا رجوع ويلزم الوفاء بالترك الا اذا جرت حالة يزول فيها المعنى المفتضى للترك قال الماوردي لانه يجري مجرى الإبراء الذي لا يجوز الرجوع فيه ولا يعتبر فيه القبول وادعى الامام

مائة ورطوبة لاقية لها والذاهب من الزيت زيت متقوم وهذا أصبح مما ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي الرويانى ومن قال به قطع باه لا يضمن مثل العصير الذاهب وايراد صاحب الكتاب يقتضى ترجيح الوجه الأول وربما يقول من رجعه الذاهب من الزيت المائية أيضاً الا أن مائيته أقل وعلى هذا أن يعود الوجهان المذكوران في أنه هل يضمن مثل الزيت الذاهب إذا لم تنقص القيمة والخلاف المذكور فيما إذا أغلى العصير يجري فيما إذا صار خلا وانقص عينه دون قيمته وكذا إذا صار الرطب تمرًا *

قال ﴿ ولو هزلت الجارية ثم سمنت ﴾ أو نسي الصنعة ثم تذكر ﴾ أو أبطل صنعة الاناء ثم أعاد مثله في حصول الجبر وجهان ﴾ ولو أعاد صنعة أخرى فلا ينجر أصلاً ﴾ *

نقصان المغصوب هل ينجر بالكمال بعينه ينظر ان كان الكمال من الوجه الذى حصل فيه النقصان كما لو هزلت الجارية ثم سمنت وعادت كما كانت ففيه وجهان (أحدهما) ينجر ويسقط الغرم كما لو أبقي العبد فعاد وكما لو جني على عين فأيصت ثم زال البياض (وأظهرهما) المنع لأن السمن الثانى غير الأول ويروى هذا عن الاصطخري والأول عن ابن أبى هريرة والوجهان عند القاضي أبى الطيب مبنيان على الخلاف فيما إذا قلع سن كبير وعاد وضعفه صاحب التتمة لأن عود سن الكبير نادر وعود السمن ليس بنادر فهو يعود سن الصغير أشبه وأجري الوجهان فيما إذا كان العبد المغصوب

أنه لاخلاف فيه وان قال وهبتها منك فان رآها قبل ووجدت شرائط الهبة حصل الملك ومنهم من طرد الخلاف لانتفاء حقيقة الهبة وانما المقصود دفع الفسخ وان لم توجد شرائط الهبة ففي صحتها للضرورة (وجهان) إن صحناها ففي إفادة الملك ما ذكرنا في الترك قال أكثر هذا الكلام الامام والرافعي رضى الله عنهما ولم يتعرض لان المشتري يجبر على ذلك اولا وقد قال القاضي أبو الطيب البائع اذا قال وهبت الحجارة ففي إجبار المشتري على قبولها وجهان مبنيان على القولين فيما اذا باع ثمرة فحدث ثمرة أخرى واختلطت بالاولى فوهبها هل يجبر على قبولها فيه قولان (إن قلنا) لا يجبر فلانها هبة مجهولة فلا تصح وايضاً فلا يجبر على قبول ملك غيره (والثاني) يجبر لأن بقبولها يزول الضرر (فان قلنا) لا يجبر فعلى البائع ثقلها فان لم يسمح البائع بترك الاحجار ثبت للمشتري الفسخ فان فسخ رجع بالثمن وان أقام فهل للبائع القطع نظران كانت الارض بيضاء أو مغروسة بغرس متقدم على البيع أو متأخر فله ذلك ثم الحكم فيه يأتي ان شاء الله تعالى * وان كانت مزروعة بزرع المشتري قال الماوردي فعلى البائع ترك الاحجار الى انقضاء مدة الزرع لأنه زرع غير متعده به قلما يقلع قبل حصاده فاذا حصد للمشتري زرعه قلع البائع حينئذ حجارته ولزمه أجرة الحجارة بعد القبض

صانعاً فنسى الصنعة ثم تذكرها أو تعلمها ومنهم من قطع ههنا بالانجبار لأن السمن الثاني زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لما كان وتذكر الصنعة لا يعد في العرف شيئاً متجدداً والظاهر ههنا الانجبار سواء ثبت الخلاف أم لا ومنهم من قطع في السمن بعدم الانجبار وخص الخلاف بالصورة الثانية وحكاه في التهذيب عن صاحب التلخيص واذا قلنا بالانجبار فلو لم تبلغ القيمة بالعائد إلى القيمة الأولى ضمن ما بقي من النقصان وانجبر ماوراء بما عاد ويجرى الخلاف فيما إذا كسر الحلي والأثناء المغصوبين ثم أعاد تلك الصنعة ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب وجهان - بالواو - للطريقة القاطعة بعدم الانجبار بعود السمن وبالانجبار في تذكر الصنعة وان كان السكمال من وجه آخر بان نسي صنعة وتعلم أخرى أو أبطل صنعة الأثناء وأحدث صنعة أخرى فلا انجبار بحال وعلى هذا لو تكرر النقصان وكان الناقص كل مرة مغايراً للنوع الناقص في المرة الأخرى ضمن الكل حتى لو غصب جارية قيمتها مائة فسمنت وبلغت القيمة ألفاً وتعلمت صنعة فبلغت القيمة الفين ثم هزلت ونسيت الصنعة فعادت قيمتها الى مائة يردها ويفرم ألفاً وتسعمائة ولو علم العبد المغصوب سورة من القرآن أو حرفة فنسيها ثم علمه حرفة أو سورة أخرى فنسيها أيضاً ضمنها وان لم تكن مغايرة كما اذا علمه سورة واحدة أو حرفة واحدة مراراً وهو ينساها في كل مرة (فان قلنا) لا يحصل الانجبار بالعائد ضمن النقصان كل مرة (وان قلنا) يحصل ضمن أكثر المرات نقصاناً *

وتسوية الارض ووافقه صاحب التهذيب فقال اذا كان فوق الاحجار ررع للبائع أو للمشتري فانه يترك الى أو ان الحصاد لان له غاية بخلاف الغراس قال الرافعي ومنهم من سوى بينه وبين الغراس *

﴿ فرع ﴾ تقدم أنه إذا لم يكن في القلع ضرر أو كان فيه ضرر يسير يمكن تداركه عن قرب أنه لا خيار للمشتري ومحل ذلك على ما يقتضيه كلامه إذا بادر البائع اليه فلو تقاعد عنه كان للمشتري الخيار قال ابن الرفعة وقد يقال بل يجبر على ذلك كما يقتضيه كلام الغزالي وغيره تبعاً لظاهر النص يعنى في وجوب تسوية الارض على البائع لان في ذلك محافظة على اتمام العقد *

﴿ فرع ﴾ في هذه الحالة فاما الغراس الذي وعدت بذكر حكمه اذا أقام المشتري على البائع وليس فيها زرع وكان فيها غراس فان للبائع قلع حجارته مطلقاً ثم لا يخلو إما ان يكون ذلك الغراس متقدماً على البيع قد دخل واما أن يكون المشتري استجده فان كان متقدماً فان قلعها بعد القبض فعليه الاجرة على الصحيح وارش النقص وتسوية الارض على ما تقدم وتعيب الاشجار بالاحجار

﴿ فرع ﴾ لو زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء ثم نسيتها نقل القاضى الرويانى عن النص انه لا يضمن النقصان لأنه غير محترم والمضمون الزيادة المحترمة وعن بعض الأصحاب أنه يغرمه ولهذا لو قتل عبداً مفنياً يغرم قيمته قال وهو الاختيار *

﴿ فرع ﴾ مرض العبد المنصوب ثم برى وزال أثر المرض لاشيء عليه مع رده وفيه وجه بعيد أنه يضمن النقص الحاصل بالمرض ولا يسقط عنه بالبرء وكذا الحكم فيما لو رده مريضاً ثم برى وزال الأثر *

﴿ فرع ﴾ غصب شجرة فتحات ورقها ثم أوشاة فجز صوفها ثم نبت غرم الاول ولا ينجر بالثاني بخلاف ما لو سقط سن الجارية المنصوبة ثم نبت أو انقطع شعرها ثم نبت يحصل الانجبار قاله في التهذيب لان الورق والصوف متقومان فيغرمهما وسن الجارية وشعرها غير متقومان وانما يغرم أرش النقص الحاصل بفقدانها وقد زال *

قال ﴿ ولو غصب عصيراً فسار خمرأً ضمن مثل العصير لقوات المالكية * ولو صار خلافاً لاصح أنه يرد مع أرش النقصان إن كان الخلل أنقص قيمة * وقيل يغرم مثل العصير ويرد الخلل وهو رزق جديد كالسمن العائد * وكذا الخلاف في البيض إذا تفرخ * والبذر إذا زرع * والاصح الاكتفاء به فانه استحالة إلى زيادة * ولو غصب خمرأً فتخلل في يده * أو جلد ميتة فدبغه فالاصح أن الخلل (ح) والجلد للمغصوب منه * وقيل بل للغاصب فانه حصل بفعله مما لامالية للمالك فيه * ﴾

كتعيب الارض في اثبات الخيار وسائر الاحكام وان كان قبل القبض لم يلزمه التسوية ولا ارش النقص على ما تقدم وقد مر في مثله كلام الرافعي ومن وافقه وفي الاجرة وجهان (أصحهما) لا ولو سمح البائع بترك الاحجار وكان القلع والترك يضربان ففي ثبوت الخيار وجهان حكاهما المحاملي (أصحهما) الثبوت لانه ابتاع ارضاً على ان فيها غراساً فإذا خرجت على خلاف ذلك فقد لحقه نقص وضرر هكذا قال وفي نظيرها فيما اذا كانت الارض بيضاء لم يتقدم لنا خلاف في سقوط الخيار وقال الامام في الارض المغروسة فيما اذا كان القلع يضرب دون الترك وسمح البائع بالترك حتى لا يتعيب الغراس بالقلاع لان الائمة اجمعوا على ان الخيار يبطل وان كان الغراس احده المشتري بعد الشراء

في باقى الفصل مسألتان (أحدهما) إذا غصب عسيراً فتخمر عنده كان للمغضوب منه تضمينه مثل العسير لفوات المالية وذكروا أن على الغاصب اراقة الخمر فلو جمعت بمترمة كما لو تخمرت في يد المالك من غير قصد التخميرية لكان جائزاً ولو تخللت في يد الغاصب فوجهان (أصحهما) أن الخل للمالك وعلى الغاصب أرش النقصان ان كانت قيمة الخل أنقص (والثاني) أنه يغرم مثل العسير لانه بالتخمير كالتلف وعلى هذا ففي الخل وجهان (أحدهما) أنه للغاصب كما لو غصب الخمر فتخللت يكون الخل للغاصب على وجه (وأظهرهما) أنه للمالك لانه فرع ملكه ويجوز أن يكون الخل له ولا يسقط الضمان للارزم قبل التخلل كما في السمن العائد على أحد الوجهين ويجرى هذا الخلاف فيما إذا غصب بيضة فتفرخت عنده أو بذراً فزرعه فنبت أو بزر قز فصار قزاً فعلى الأصح الحاصل للمالك ولا يغرم الغاصب شيئاً إلا أن يكون الحاصل أتص قيمة مما غصبه لأن المغضوب قد عاد اليه زائداً وعلى الثاني يغرم المغضوب لهلاكه والحاصل للمالك في أظهر الوجهين وللغاصب في الآخر وبه قال أبو حنيفة والمزني ويجوز أن يعلم لما ذكرنا قوله ويرد الخل - بالواو - (وقوله) والأصح الاكتفاء به - بالخاء والزاى - لأن اكتفاء المالك مفرع على أنه له وهما لا يعملان الحاصل له ثم الاكتفاء فيما إذا لم يكن الحاصل نقص وهو الغالب (الثانية) إذا غصب خمرًا فتخللت في يده أو جلد ميتة فدبسه فوجهان (أصحهما) أن الخل والجلد للمغضوب منه لانه فرع ملكه فعلى هذا إذا تلف في يده غرمه (والثاني) أنهما للغاصب لحصولهما عنده بما ليس بمال وفي المسألة طريقان آخران (أحدهما) القطع بأن الخل للمالك وتخصيص الوجهين بالجلد لأن الجلد صار مالا بفعله والخمر تخللت بنفسها (والثاني) القطع بأن الجلد للمالك وتخصيص الوجهين بالخل لأن جلد الميتة يقتنى والخمر التي غصبها لا يجوز اقتنائها فان كانت الخمر محترمة كانت كجلد الميتة واذا جمعت الطرق واختصرت قلتها للمالك أو للغاصب أو للخل للمالك والجلد للغاصب أو بالعكس فيه أربعة أوجه واذا حكمنا بأنها للمالك وذلك فيما إذا لم يكن المالك معرضاً

فان احداثه عالمًا بالاحجار فللبائع قلع الاحجار و ليس عليه ضمان قلع الغراس وسقط خيار المشتري وان احداثه جاهلاً ففي ثبوت الخيار وجهان (وجه) الثبوت ان الضرر ناشىء من ايداعه الاحجار فى الارض (والاصح) انه لا يثبت لرجوع الضرر الى غير المبيع و بناهما القاضى حسين على ما اذا باع شجرة عليها ثمرة بعد بدو الصلاح ثم حدثت ثمرة اخرى واختلطت بالمبيعة قال الرويانى فان كان قلعها يضر وتركها لا يضر وسمح البائع بالحجارة للمشتري أجبر على قبولها ولا خيار له فان كانت الارض تنقص بالحجارة أيضاً فان لم يورث الغرس وقلع الغروس نقصاناً فى الارض فله القلع والفسخ وان أورث القلع أو الغرس نقصاناً فلا خيار فى الفسخ اذ لا يجوز له رد المبيع ناقصاً ولكن ياخذ الارش واذا قلع البائع

عن الحجر والجلد (وأما) إذا كان قد أرق الحجر أو اتى جلد الشاة الميتة فأخذها أحد هل للمعرض استرداد الحاصل فيه وجهان لأنه أبطل اختصاصه بالقاء (وقوله) فى الكتاب فإنه حصل بفعله فيما لا مالية للمالك فيه هذا فى الجلد ظاهر وفى الحجر كأنه يعنى به الحفظ والامسك الى أن تتخلل *

قال ﴿ الدانى فى الزيادة فاذا غصب حنطة فطحنها * أو ثوباً فقصره * أو خاطه * أو طيناً فضر به لبناً * أو شاة فذبحها وشواها لم يملك (ح) شيئاً من ذلك * بل يرده على حاله وأرش النقص ان نقص * وان غصب قرة فصاغها حلياً ردها كذلك * ولو كسره ضمن الصنعة وان كانت من جهته لأنها صارت تابعة للقررة * فان أجبره المالك على رده الى القررة فله ذلك ولا يضمن أرش الصنعة * ويضمن ما نقص من قيمة أصل القررة بالكسر ﴾ *

الزيادة فى المغصوب تنقسم الى آثار محضة وإلى أعيان (أما القسم الأول) فالقول الجلى فيه أن العاصب لا يستحق بتلك لزيادة شيئاً لتعديدهم ينظران لم يمكن رده الى الحالة الأولى رده بحاله وأرش النقص وان نقصت قيمته وان أمكن رده الى الحالة الأولى فان رضى به المالك لم يكن للعاصب رده الى ما كان وعليه أرش النقص ان كان فيه نقص الا أن يكون له غرض فى الرد الى الحالة الأولى فله الرد وان ألزمه الرد الى الحالة الأولى لزمه ذلك وأرش النقص ان نقص عما كان قبل تلك الزيادة * اذا تقرر ذلك فمن صور هذا القسم طعن الحنطة وقصارة الثوب وخياطته وضرب الطين لبناً وذبح الشاة وشيها ولا يملك العاصب المغصوب بشيء من هذه التصرفات بل يردها مع أرش النقص ان نقصت القيمة وقد ذكرنا خلاف أبى حنيفة وإنما تكون الخياطة من هذا القسم اذا خاط بخيط المالك (أما) اذا كان الخيط للعاصب فستأق نظائره فى الطحن والقصارة والذبح والنسج لا يمكن الرد الى ما كان وكذا فى شق الثوب وكسر الاناء ولا يجبر على رفع الثوب واصلاح الاناء لأنه لا يعود إلى ما كان بالرفاء والاصلاح وعن مالك أنه يجبر عليها كما فى تسوية الحفر ولو غزل القطن المغصوب رد الغزل وأرش النقص ان نقص

الاجبار فانتقص الغراس فعليه ارش النقص بلا خلاف هذا ما قاله الرافعي وقال المحاملى لافرق بين أن يفرس البائع ويبيع أو يبيع بلاغراس ثم يفرس المشتري وقال الماوردى وإن كان الغراس استحدثه المشتري بعد البيع فهذا لا يكون إلا بعد القبض فيلزمه معنى البائع الاجرة ونقص الغراس وتسوية الارض والتفصيل الذى قاله الرافعي أولى وما قاله الماوردى من أن ذلك لا يكون إلا بعد القبض وكذلك قال فى الزرع فكان ذلك محمول على الغالب والا فيمكن أن يحصل للمشتري فى الارض المبيعة قبل قبضها غرس أو زرع وحينئذ يعود الكلام فى وجوب الاجرة وجميع ما سبق من الاحكام التى تختلف قبل القبض وبعده وأما ارش نقص الغراس هنا فانه واجب على كل تقدير لان الغراس

ولو نتج الفزل المغصوب فالسكر باس للمالك مع أرش النقص ان فرض نقص وليس للمالك اجباره على تقضه ان كان لا يمكن رده الى الحالة الأولى ونسجه ثانياً وان أمكن كالحزب فله اجباره عليه فان تقضه وتقصت قيمته عن قيمة الفزل فى الأصل غرمه ولا يغرم ما كان قد زاد بالنسج وفات بالنقص لأن للمالك أمره بذلك فان تقض من غير اذن للمالك ضمنه أيضاً ولو غصب قرة وضربها دراهم أو صاغ منها حلياً أو غصب نحاساً أو زجاجاً واتخذ منه اناء فان رضى المالك به رده كذلك وان لم يكن له رده الى الحالة الاولى الا أن يكون ضرب الدراهم بغير اذن السلطان أو على غير عياره لأنه حينئذ يخاف التفرير *

قال ﴿ ولو غصب ثوباً قيمته عشرة وصبغه بصبغ قيمته عشرة فصارت قيمة الثوب عشرين فهما شريكان ﴾ فيباع ويقسم الثمن بينهما * فان وجد زبون يشتري بثلاثين صرف إلى كل واحد خمسة عشر * وان عاد الثوب إلى خمسة عشر بالصبغ حسب النقصان على الصبغ * وان عاد إلى ثمانية ضاع الصبغ وغرم الغاصب درهين * وكذا القول فى ثبوت الشركة اذا طير الريح الثوب الى اجانة صباغ * أو صبغ الثوب المغصوب بصبغ مغصوب من غيره * فان قبل الصبغ الفصل أجبر الغاصب على فصله كما يجبر على قلع الزرع والغراس والبناء وان نقص زرعه به * وقال ابن سريج لا يجبر على فصل الصبغ ان كان يضع بالفصل أولاً تفى قيمته بما يحدث فى الثوب من نقصان بسبب الفصل * ومهما طوّل بالفصل وكان يستضر به فلو تركه على المالك أجبر على قبوله فى وجه كالتعل فى الدابة الردودة بالعيب * وان لم يكن عليه ضرر لم يكن له الاجبار على القبول * ولو بذل المالك قيمة الصبغ لم يكن له أن يملك عليه فان بيع الثوب للخلاص من الشركة سهل * بخلاف المعير يملك بناء المستعير ببدل لأن بيع العقار عسير * ومهما رغب المالك فى بيع الثوب أجبر الغاصب على بيع الصبغ ليصل كل واحد الى الثمن * فان رغب الغاصب فى اجبار المالك وجهان ﴿ *

ليس بمبتدع حتى يخرج على جناية البائع قبل القبض بهذه الأحكام التي ذكرتها في الغراس والزرع ذكرها الماوردي في هذه الحالة الرابعة والرافعي ذكرها ذكر مالا اختصاص له بها ولا شك أنها قد تأتي في غيرها كما لو لم يجبر المشتري البائع على القلع في الحالة الأولى أو في الحالة الثالثة فإن القلع يكون جائزاً للبائع ويأتي فيه من التفصيل ما ذكره هنا والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ تسكلم الامام وقبله القاضي حسين في أنه لم أوجبوا تسوية الحفر على البائع وعلى الغاصب اذا حفر في الارض المنصوبة ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده وإنما أوجبوا الارش وأجابا عنه بان طم الحفر لا يكاد يتفاوت وبنیان الابنية يختلف ويتفاوت فشبه ذلك بذوات الامثال

القسم الثاني الأعيان فمن صورته صنع الثوب المنصوب وتقدم عليه صورتين مقصودتين في نفسيهما ويحتاج اليهما في مسألة الصبغ (احدهما) اذا غصب أرضاً وبنى فيها أو غرس أو زرع كان لصاحب الأرض أن يكلفه القلع قال صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » (١) وعن أحمد أنه لا يكلف قلع الزرع مجازاً لأن له غاية تنتظر ولكن يخير صاحب الأرض بين أن يبقيه بأجرة وبين أن يتملكه ويغرم مثل البذر وأجرة عمله ولو أراد الغاصب القلع لم يكن للمالك منعه فانه عين ماله واذا قلع فعليه الأجرة وفي وجوب التسوية أو الأرض ما قدمناه في نقل التراب وان نقصت الارض لطول مدة الغراس فيجمع بين أجرة المثل وأرش النقص أولاً يجب الا أكثرهما فيه الخلاف المذكور فيما اذا ابلى الثوب بالاستعمال ولو أراد صاحب الأرض أن يتملك البناء أو الغراس بالقيمة أو تبقيتهما أو الزرع بالأجرة هل على الغاصب اجابته قال في التتمة فيه وجهان (أحدهما) نعم

(١) ﴿ حديث ﴾ ليس لعرق ظالم حق أبو داود من حديث سعيد بن زبد في آخر الحديث الذي قبل هذا ورواه النسائي والترمذي وأعله الترمذي بالارسال ورحج الدارة طنى إرساله أيضاً واختلف فيه على هشام بن عروة اخلاقاً كثيراً ورواه أبو داود الطيالسي من حديث عائشة وفي إسناده ضعفة وهو ضعيف ورواه ابن أبي شيبة واسحق بن راهوية في مسنديهما من حديث كاذب بن عبد الله بن عمرو ابن عوف عن أبيه عن حده وعلقه البخاري بقوله ويروى عن عمرو بن عوف ورواه البيهقي من حديث الحسن بن سمره والطبراني من حديث عبادة وعبد الله بن عمرو (تنبيه) قوله لعرق ظالم هو بالسنيين وبه حزم الأزهري وابن فارس وغيرهما وغلط الخطابي من رواه بالاضافة (تنبيه) آخر قال أبو عبيد في كتاب الأموال جاء ما يخالف ذلك ثم أخرج ما أخرجه أبو داود والترمذي من حديث رافع بن خديج مرفوعاً من زرع في أرض قوم بغير إذنه فليس له من الزرع شيء وله نفقته ورواه ابن أيمن في مصنفه بلفظ أن رجلاً غصب رجلاً فزرع فيها فارفعوا إلى النبي ﷺ فقضى لصاحب الأرض بالزرع وقضى للغاصب بالنفقة *

وهذا بذوات القيم حتى لو وقع لبنة أو لبنتين من رأس الجدار وامكن الرد من غير اختلاف في الهيئة كان ذلك كطم الحفر *

﴿ فرع ﴾ ذكره المحاملى هنا قال أبو اسحق اذا باع عبداً فقال المشتري هو أبقي وقال البائع أنا أحضره الساعة وأحضره لم يكن للمشتري خيار (قلت) وصورة ذلك كما صرح به غيره ما اذا اشترط البائع الابق ثم أبقى في يد البائع قبل القبض فاذا أمكنه رده عن قرب لم يثبت الخيار *

﴿ فرع ﴾ ذكر الامام في آخر كلامه كالضابط لما تقدم انه مهما فرض ضرر لا يندفع فان كان المشتري عالماً فلا خيار والارش فان كان جاهلاً ثبت الخيار فان فسخ فذاك وان أراد إلزام البائع ارش النقص وان لم يتمكن البائع من دفع الضرر بترك الحجر وكان الضرر في تركه ونقله في الارش الاوجه من جهة أن المشتري يجد خلاصها بالفسخ فهو كالاطلاءه حالة العقد وان النقص ظهر بعد العقد بفعل مذكور البائع اما قبل القبض أو بعده مستند الى سبب متقدم كقتل العبد المرتدوان

كاستعير وبل أولى فان الغاصب متعد (وأظهرها) المنع لتمكنه من القلع بلا غرامة بخلاف المعير وهذا ما ذكره الامام حكاية عن القاضي الحسين * ولو غصب من رجل أرضاً وبذراً وزرعها به فللمالك أن يكلفه اخراج البذر من الأرض ويغرمه أرش النقصان وليس للغاصب اخراجه اذا رضى المالك (الثانية) اذا زرع الدار المغصوبة نظران كان بحيث لو نزع حصل منه شيء فللمالك اجباره على النزع وان تركه الغاصب ليدفع عنه كلفة النزع هل يجبر المالك على قبوله فيه وجهان نشرحهما في مسألة الصنع ولو أراد الغاصب نزعها فله ذلك لأنه عين ماله ولا فرق بين أن يكون له نزع قيمة أولاً يكون فاذا نزع فنقصت الدار عما كانت قبل الترويق لزمه الارش وان كان الترويق محض تمويه لا يحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزع ان رضى المالك وهل له اجباره عليه فيه وجهان (أحدهما) نعم لانه قد يريد تعريضه أرش النقص الحاصل بازالته (والثاني) لا كما في الثوب اذا قصر وقال في التهذيب وهو الأصح * اذا عرفت ذلك عدنا الى الصبغ وقلنا للصبغ الذي يصبغ به الثوب أحوال (أن يكون) للغاصب فينظر ان كان الحاصل تمويهاً محضاً فالحكم على ما ذكرنا في الترويق وان حصل بالانصباغ عين مال فيه فاما أن لا يمكن فصله عنه أو يمكن (القسم الاول) اذا لم يمكن فصله عنه فعن صاحب التقرير حكاية قول عن القديم أنه يفوز به صاحب الثوب تشبيهاً له باليمن (والمذهب) المشهور أنه ليس له ذلك لكن قضية الشركة بين المالك والغاصب لانه عين مال له انضم الى ملك المغصوب منه بخلاف السمن وبخلاف القصارة والطحن ونحوها فانها آثار محضة وحينئذ ينظر ان كانت قيمة الثوب مصبوغاً مثل قيمته وقيمة الصبغ قبل الصبغ كما اذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وهو

تمكن من دفع الضرر بترك الحجر فلا يلزمه الترك ولكن لو فعل وظهر الضرر فمن أصحابنا من قال في تعريم البائع ما تقدم من الخلاف ومنهم من يقطع بتغيره في هذا القسم ثم ينظم على هذا تعطل المنافع من غير نقص في رقبة المبيع وقد ذكر والخلاف في الأجرة فما لوجه ترتبها والفرق لأصح فأن المنافع ليست معقوداً عليها ولو قيل القدر الذي يفرغ البائع فيه للمبيع غير داخل في استحقاق المشتري لم يكن بعيداً والمبيع كله مستحق للمشتري بأجزائه وصفاته *

(فرع) تقدم أن الأصح في الأجرة أنها لا تجب قبل القبض وتجب بعده وإن ذلك قول أبي إسحق المروزي على ما نقل أبو الطيب وفي البحر قال الماسرخسي قال إسحق في بغداد قبل خروجه إلى مصر له الأجرة يعني قبل القبض قال القاضي الطبري وهذا محتمل عندي لأنه نص في البويطي على أن البائع إذا قطع يد العبد المبيع فالمشتري بالخيار بين الفسخ والإجازة مع الارش فإذا نص في الارش فالأجرة مثله وبني التفعل ذلك على أن جناية البائع كالألفه السماوية أو كجناية الاجنبى *

يساوى بعد الصغ عشرين فهو بينهما بالسوية حتى لو وجدا راغباً باعاه منه ثلاثين فهي بينهما وإن نقصت قيمته مصبوغاً عن قيمتهما بأن عاد الثوب مصبوغاً والتصوير كما سبق إلى خمسة عشر أطلق الاكثرون بأن النقصان محسوب من الصغ لأن الأصل هو الثوب والصغ وإن كان عينا كلفه التابعة للثوب فيكون الثوب المصبوغ بينهما أثلاثاً الثلثان للمغصوب منه والثلث للغاصب وفي الشامل والتتمة انه ان كان النقصان لانخفاض سوق الثياب فالتقصان محسوب من الثوب وإن كان لانخفاض سوق الاصباغ فمن الصغ وكذا لو كان النقصان بسبب العمل لأن صاحب الصبغ هو الذي عمل ويمكن ان يكون اطلاق من اطلاق من لا على هذا التفصيل وإن كانت قيمته بعد الصبغ عشرة انحق الصبغ ولا حق فيه للغاصب وإن تراجعت القيمة وكان الثوب مصبوغاً يساوى ثمانية فقد ضاع الصبغ ونقص من الثوب درهمان فيرده مع درهين وإن زادت قيمة الثوب مصبوغاً عن قيمتها قبل الصبغ بأن بلغت ثلاثين في الصورة المذكورة فن أطلق الجواب في طرف النقصان أطلق القول ههنا بأن الزيادة بينهما على نسبة ماليهما ومن فصل قال ان كان ذلك لارتفاع سوق الثياب فالزيادة لصاحب الثوب وإن كان لارتفاع سوق الاصباغ فهي للغاصب وإن كان للعمل والصنعة فهي بينهما لأن كل واحد منهما قد زاد بالصنعة والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب إذا استندت الى اثر الحض تسلم للمغصوب منه (القسم الثاني) اذا أمكن فصله من الثوب (فغن) صاحب التقريب نقلاً عن القديم انه ان كان المفصول لقيمة له فهو كالسمن (والمذهب) انه ليس كالسمن وانه لا يفوز به للمغصوب منه

﴿ فرع ﴾ تقدم الكلام في أن المشتري الخيار عند وجود شروطه المتقدمة وإن الاجرة والارش يفصل بينهما بين ما قبل القبض وبعده وهل يثبت خيار للمشتري بنقص الارض بالقلع تقدم عن الماوردي فيما قبل القبض انه يثبت وذلك ظاهر لانه عيب حدث قبل القبض وقال الروياني انه ان كان بعد القبض فيثبت أيضاً لان سببه كن موجوداً قبل القبض *

﴿ فرع ﴾ اذا اختار المشتري الامساك فيما اذا كانت الارض المذكورة مشتملة على شجر داخل في البيع وكان قلع الحجارة يضر وتركها يضر فالحكم في التسوية والاجرة على ما تقدم وفي ارش النقص طرق حكاهما الروياني (أحدها) لارش لانه رضى بالنقص وقال أبو اسحق هو كلاجرة ان كان قبل القبض لم يلزم وان كان بعده لزم وقل ابن سريج بعد القبض يلزم قولاً واحداً وقوله قولان وقال بعض أصحابنا بخراسان فيه وجهان قبل القبض وبعده والاصح أنه يجب *

هل يملك اجبار الغاصب على فصله فيه وجهان (أحدهما) نعم كما يملك اجبارهم على اخراج العراس ويحكي هذا عن ابن خيران وابي اسحق في الزيادات على الشرح (والثاني) لاوبه قال ابن سريج لما فيه من الضرر بخلاف العراس فانه لا يضيع بالاخراج ولان الارض بالقلع تعود الى ما كانت والثوب لا يعود ولأن الأشجار تنتشر عروقها واغصانها فيخاف ضررها في المستقبل وهذا اظهر عند اصحابنا العراقيين وقال صاحب التهذيب في طائفة الاول اصح وكذا ذكره الامام وحكى قطع المرازقة به وان موضع الوجهين ما اذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسراناً بينا وذلك قد يكون لضياع المنفصل بالكلية وقد يكون لحقارته بالاضافة الى قيمة الصبغ ومن جملة الضياع ان يحصل في الثوب نقصان بسبب الفصل لا يني بارشه قيمة المنفصل ولو رضى المصوب منه ببقاء الصبغ واراد الغاصب فصله فله ذلك ان لم ينتقص الثوب وان انتقص قال الامام يبنى على الخلاف في ان المصوب منه هل يجبره على الفصل (ان قلنا) لالم يفصله (وان قلنا) نعم فله ذلك وهو الاظهر ويحكي الاول عن ابي الطيب بن سلامة وان تراضيا على ترك الصبغ بحاله فهما شريكان وكيفية الشركة كما بينا في القسم الاول ثم الكلام في فروع (أحدها) لو ترك الغاصب الصبغ على المالك ففي اجباره على القبول وجهان ووجه الاجبار صيرورته كالصفة التابعة للثوب وايضاً فان المشتري اذا انعل الدابة ثم اطع على عيها فردها مع النعل لكان يعيها لوزع النعل يجبر البائع على القبول ووجه المنع القياس الظاهر ويدل عليه أنه لا جبر على قبول البناء والعراس اذا تركه الغاصب وذكر القاضي الروياني ان الاول ظاهر المذهب لكن الثاني اقيس واشبه ويخالف مسألة النعل لان الغاصب متعد والمشتري غير متعد على انه لو اُلحق بما اذا صبغ المشتري الثوب بما زاد في قيمته ثم اطع على عيها فرده مساحاً بالصبغ لكان اقرب

﴿ فرع ﴾ قال الروياني فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا يضر واختار البائع الترك لاختيار المشتري وهل تملك بالترك على ما تقدم وقال القفال لو قلع المشتري تلك الاحجار بعد ذلك فهل للبائع قلع الاحجار وجهان مبنيان على ما لو أتاف حنطة فلم يوجد مثلها فغرم المثل ثم وجد المثل هل له رد القيمة ومطالبته بالمثل وجهان وان اختار القلع فالمشتري الخيار لانه يضر بالمبيع ولا فرق بين أن يقول له البائع أنا أعطيتك أرش النقص أو لم يقل وليس كما إذا اختار الترك فإنه لا نقص في الترك فان اختار المشتري الامساك فالحكم في التسوية والاجرة وأرش النقص على ماضي *

﴿ فرع ﴾ إذا غرس المشتري بعد العلم بالحجارة سقط رده كما تقدم ثم إن كان قلع الاحجار وتركها مضر ان فلبائع القلع والمشتري المطالبة به ثم إذا قلع قال الروياني يلزم البائع أرش النقص قولاً واحداً لانه حول ملكه عن الارض بادخال النقص على الغير فان كان مراد الروياني نقص الارض فظاهر وان كان المراد نقص الغراس فقد تقدم عن الرافعي خلافه وأنه لا يضمن نقصه وذلك هو الظاهر فانه متعدد بالغرس والله أعلم * وان كان قلعها يضر وتركها لا يضر فان اختار القلع قال الروياني فعليه أرش النقص قولاً واحداً والكلام فيه كما تقدم وليس مراده إلا العراس فانه قال عقيب ذلك وكيفية التقويم أن يقال كم يساوي هذا الشجر ولا نقص فيقال مائة فيقال وكم يساوي وبه هذا النقص

لما مر من أن الصبغ يصير ملكاً للبائع (فأما) في مسألة النعل فانه يجبر على قبول النعل وفي دخول النعل في ملكه اختلاف مذكور في موضعه وذكر الامام في الفرع شيئين (أحدهما) ان في موضع الوجهين طريقين (أحدهما) أنهما مطردان فيما إذا أمكن فصل الصبغ وفيما إذا لم يمكن (وأظهرهما) التخصيص بما إذا أمكن وقلنا ان الغاصب يجبر على الفصل والافهما شريكان لا يجبر واحد منهما على قبول الهبة من الآخر وعلى هذا فطر يقان (أحدهما) ان الوجهين فيما إذا كان ينضرب بالفصل إما لما يناله من التعب أو لأن المفصول يضيع كله أو معظمه فان لم يكن كذلك لم يلزمه القبول بحال (والثاني) ان الوجهين فيما إذا كان الثوب ينقص بالفصل نقصاً لا يفي بارش قيمته الصبغ المفصول فان وفي لم يلزمه القبول وان تعيب أوضاع معظم المفصول (والثاني) اذا قلنا بلزوم القبول على المفصول منه فلا حاجة الى تلفظه بالقبول (وأما) من جهة الغاصب فلا بد من لفظ يشعر بقطع الحق كقوله أعرضت عنه أو تركته اليه أو أبرأته عن حق أو أسقطته قال ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتملك (الثاني) لو بذل المفصول منه قيمة الصبغ وأراد أن يملكه على الغاصب هل يجاب اليه فيه وجهان سواء كان الصبغ مما يمكن فصله أو مما لا يمكن (أحدهما) نعم ويجبر الغاصب على قبوله لينفصل الامر بينهما وقد شبه ذلك بما اذا رجع المعير وقد بني المستعير أو غرس فان له أن يملكه عليه بالقيمة وبهذا قال أبو حنيفة (وأظهرهما)

فيقال تسعون فيقول نقص العشر فتلزم حصته من القيمة وان اختار البائع الترك فهل يملكها المشتري فعلى ما ذكرنا *

﴿ فرع ﴾ قال الرويانى وغيره ولو كان البائع زرع فيها زرعاً وباعها مع الزرع وتحتها أشجار يعنى والمشتري جاهل بها فليس للبائع أن يقاع الأجر مالم يحصد الزرع إذا كان قلعها يضر بالزرع وان الزرع يختص بالبائع فالضرر يختص به والخيار إليه *

﴿ فرع ﴾ قال الغزالي رحمه الله عليه فيما نقل ابن أبي الدم أن العراقيين نقلوا أنه يجب على الغاصب أرض نقصان الحفر يريد به ولا يلزمه التسوية وفي مسألة البيع يلزمه التسوية ومعناه ولا يلزمه أرض النقص واختلاف الاصحاب في ذلك على طريقتين منهم من قال يلزمه أرض النقص في المسألين دون تسوية الحفر فيهما ومنهم من قال يلزمه التسوية في المسألين دون أرض النقص ومنهم من فرق بعد وان الغاصب فيلزمه الارش بخلاف البائع فيلزمه التسوية *

﴿ فرع ﴾ زرع المشتري الارض ولم يعلم أن تحتها حجارة وفي قلعها هلاك الزرع لم يمكن البائع من قلعها لان للزرع غاية فيؤمر بالتوقف بخلاف الغراس قاله صاحب التتمة وغيره ونص عليه الشافعى رضى الله عنه وكذلك فيما إذا علم المشتري بالحجارة وترك البائع القلع ثم أراد بعد زرع

وهو المذكور في الكتاب المنع ويفارق مسألة العارية لان المعير لا يتمكن من القلع مجاناً فكان محتاجاً الى التملك بالقيمة وههنا بخلافه وأيضاً فان بيع العقار عسير وبيع الثوب سهل وبه يحصل الخلاص من الشركة وفي التتمة أنه ان كان الصبغ بحيث لو فصل حصل منه شيء ينتفع به ففي تملك المصوب منه الوجهان المذكوران في الغراس والبناء وان كان لا يحصل منه شيء فله تملكه لا محالة فيتولد من هذا وجه ثالث فارق (الثالث) متى اشتركا في الثوب المصبوغ فهل لأحدهما الانفراد ببيع ما يملكه منه جعله الامام على الوجهين في بيع دار لا يمر لها لانه لا يتأتى الانتفاع بأحدهما دون الآخر (وأظهر) المنع فلو رغب مالك الثوب في البيع ففي المذهب والتهذيب أنه يباع ويجبر الغاصب على موافقته ووجهه أن المالك ان لم يتمكن من بيع الثوب وحده فامتناع الغاصب منع له من بيع ماله وان تمكن فلا شك في عسر البيع عليه لقلّة الراغبين فيه والغاصب متعد فليس له الاضرار بالمالك بالمنع من البيع وتعسيره وان رغب الغاصب في البيع ففي اجبار المالك على موافقته وجهان (أحدهما) يجبر تسوية بين الشريكين ليصل كل واحد منهما الى عين ملكه (وأظهرها) المنع كيلا يستحق المتعدى بتعديده ازالة ملك غير المتعدى وفي النهاية أن واحداً منهما لا يجبر على موافقة الآخر على قياس الشركة في الأموال (الحالة الثانية) أن يكون الصبغ مفضوياً من غير مالك الثوب ايضاً فان لم يحدث بفعله نقصان

المشتري لم يكن له ذلك حتى يحمده المشتري كما حمل ابن الرفعة نص الشافعي عليه قال الرافعي ومن
الاصحاب من يسوى في الحالتين بينه وبين الغراس *

﴿ فرع ﴾ شبه المتولي الخلاف في ثبوت الخيار إذا اشترى الأرض وغرسها بعد الشراء ثم
ظهر فيها أحجار بما إذا باع الشجرة وبقي لنفسه ثمرة فحدث ثمرة أخرى واختلطت بها فمن قال هناك
يجعل الحادثة كالبيعة في حكم الاختلاط قال ههنا ان الضرر الذي يلحقه في الغراس الحادث كالضرر
الذي يلحقه في الأشجار المشتراة يعني لأنه استحق بالشراء أن يغرس فيها فحملنا الضرر الذي يلحقه
في حق من حقوق المبيع كالضرر الذي يلحقه في نفس المبيع قال وأصل المسألتين إذا اشترى جارية
فوطئها ثم استحققت فغرم المهر هل يرجع بالمهر على البائع أم لا فعلى قول يرجع لأنه ضمن له سلامة
الوطء فإذا لم يسلم يرجع عليه وكذا هنا ضمن له سلامة غراسه والثمار الحادثة فحملنا الحلال الحاصل في
واحد منهما كالحلال في عين المبيع وفرض المتولي المسألة فيما إذا كان قلعهما يضر بالغراس وتركها لا يضر
وقد تقدم حكاية الخلاف عن الرافعي في ثبوت الخيار مطلقاً *

﴿ فرع ﴾ قال الشيخ أبو محمد الجويني في المسائل لما ذكر الوجوبين في وجوب الأجرة على
البائع للعدة التي مضت في نقل الحجارة وبنائها على أن جناية البائع كالأجرة السماوية وجناية الأجنبي

ولا غرم على الغاصب وهما شر يكان في الثوب المصبوغ كما سبق في العاصب والمالك وان حدث نظر
ان كانت قيمته مصبوغا عشرة والتصوير كما تقدم فهو اصحاب الثوب ويغرم العاصب الصبغ للآخر
وان كانت قيمته خمسة عشر روي صاحب التهذيب ان الثوب بينهما بالسوية ويرجعان على العاصب
بخمسة قال والفياس أن يكون بينهما أثلاً كما مر في الحالة الأولى وهذا ما نلناه غيره وهو الحق فان
كل في مما يمكن فصله فلهما تكليف العاصب الفصل فان حصل بالفصل نقص فيهما أو في أحدهما كان
قبل الصبغ غرمه العاصب واصحاب الثوب وحده طاب الفصل أيضاً اذا قلنا ان المالك يجبر الغاصب
على الفصل في الحالة الأولى وهذا اذا حصل بالانصباع عين مال في الثوب فان لم يحصل الا بمؤنة
فالحكم ما بينا في الترويق ويقاس بما ذكرنا في الحالتين ثبوت الشركة فيما اذا طير الريح ثوب
انسان في اجلته صباغ ونصبغ لكن ليس لأحدهما أن يكلف الآخر الفصل ولا التفريم ان حصل
نقص في أحدهما اذ لا تعدى ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة فعلى ما تقدم (الحالة الثالثة) أن
يكون الصبغ مغصوباً من مالك الثوب أيضاً فان لم يحدث بفعله نقصان فهو للمالك ولا غرم على الغاصب
ولا شيء له ان زادت القيمة لأن الموجود منه أثر محض وان حدث بفعله نقصان غرم الارش واذا
أمكن الفصل فللمالك اجباره عليه وليس للعاصب الفصل اذا رضى المالك (واعلم) أن المذكور في

قال فان قيل القبض هنا حاصل والمذهب لا يختلف أن جناية البائع بعد القبض كجناية الأجنبي وإنما القولان قبل القبض (قلنا) البائع إذا سلم الأرض وفيها حجارة مستودعة مانعة من الانتفاع فلها مانعة من كمال صفة القبض فلذلك أحقناها بالحالة الأولى وهذا الذي قاله الشيخ قد تقدمت الإشارة إليه ولكني أحببت نقله من كلامه *

﴿ فرع ﴾ من تنمة الكلام في المسائل المتقدمة لو كان الغراس داخلا في بيع الأرض ونقل الحجارة مضر به قال الامام وليس لقائل أن يقول في حالة الجهل واضرار الغراس ونحوه أنه يمتنع عليه النقل وفاء بموجب البيع وقيامًا بتسليم الأرض والأشجار له *

﴿ فرع ﴾ قال الرافعي رحمه الله لو باع داراً في طريق غير نافذ دخل حريهما في البيع وفي دخول الأشجار الخلاف الذي سبق وان كان في طريق نافذ لم يدخل الحرير والأشجار في البيع بل لحرير مثل هذه الدار كذا ذكرها الرافعي (١) إذا قال بعثك هذا البستان أو الباحة دخل في البيع الأرض والأشجار والغراس وكل ماله من الثبات أصل لاخلاف في المذهب في ذلك وفي دخول البناء الذي فيه ما سبق في دخوله تحت الأرض وقال الغزالي إن أظهر عدم الدخول جريا على قاعدته (وأما) على المذهب فانه يدخل ولو قيل بالجزم بالدخول كان له وجه فان البستان وان كان قد يخلو عن البناء ولكنه

(١) بياض بالأصل

الكتاب هو الحالة الأولى وفي أثناءها تعرض للثانية (وقوله) في أول الفصل فلها شريكان يجوز اعلامه - بالواو - لما حكى عن القديم من تنزيله منزلة السمن (وقوله) فيبيع ليس المراد منه البيع القهري وإنما الغرض ههنا أنه اذا بيع كان الثمن بينهما كما كان الثوب مشتركا بينهما ثم ان رضيا بالبيع فذاك والا فهل يجبر أحدهما الآخر فيه ماقد عرفته (وقوله) وان عاد الثوب الى خمسة عشر بالصنع يمكن أن يفهم من قوله بالصنع الاحتراز عما اذا كان النقصان بسبب تراجع الاسواق فان النقصان حينئذ لا يحسب من الصنع اذا كان التراجع في الثياب على ما حكيناه عن الشامل والتنمة (وقوله) وكذا القول في ثبوت الشركة اذا طيرت الريح الثوب انما قال في ثبوت الشركة ولم يقل وكذا القول فيما اذا طيرت الريح الثوب لأن الصورتين اللتين ذكرهما ليستا كما اذا صبغ الثوب المصبوغ بصبغ نفسه في جميع الأحكام المذكورة اذ لو رجع الثوب مصبوغا الى ثمانية لا يغرم صاحب الاجانة شيئا وإنما الصورتان كذلك الصورة في ثبوت الشركة فيها حيث ثبتت الشركة فيهما ويموز أن يعلم بالواو - لان قياس القول القديم أن يفوز صاحب الثوب بالصنع في الصورتين ولا تثبت الشركة (وقوله) كما يجبر على قلع الزرع والغراس والبناء وان نقص زرع به أشار بقوله وان نقص زرع به الى أنه لا عبرة بما يعرض في الصنع من ضرر بسبب انتشاره وتمدده كالأبرة بنقصان الزرع (وقوله) ومهما طول بالفصل وكان يستضر به (وقوله) بعد ذلك وان

إذا كان مشتملاً عليه تناول اسمه جميع ذلك وهو كلاحتمال الذى فى دخول الشجر فى بيع الدار وهو ههنا أقوى لأن احتمال البساتين على البناء أكثر من احتمال الدور على الأشجار غالباً ويندر أن يكون بستان لا بناء فيه وجزم الرافعي بدخول الحائط ولا وجه لذلك بل هى من جملة الأبنية فالجزم فيها مع طرد الخلاف فى غيرها غير متجه ولا مساعد عليه عند الأكثرين هذا والمأوردى أطلق طرد الخلاف فى البناء من غير تفصيل والرويانى فى البحر صرح بأن البناء والجدار المحيط على الطرق وإن بعض أصحابنا قال يدخل الجدار المحيط قولاً واحداً وهو ضعيف عندى وجزم القاضى أبو الطيب بدخول البناء فى بيع البستان مع ذكر الخلاف فى دخول النخلة والشجرة فى بيع الدار وذلك يشهد لما قلته الآن من الفرق وتقوية الجزم بالدخول فى البستان وهو الذى يقتضيه العرف لاسيما فى بلادنا هذه التى الغالب على بساتينها أن تتخذ عليها الحوائط والأغلاق لشبه المساكن قال الامام والبناء عندى بالاضافة إلى البستان كالشجرة بالاضافة إلى الدار فقد تلخص فى دخول الأبنية فى البستان طرق (إحداها) أن الجدار المحيط يدخل جزماً وفيما عداه الطرق وهو ما أورده الرافعي وضعه الرويانى (والثانية) إجراء الخلاف فى الجميع وهى قضية إطلاق الأكثرين (والثالثة) الجزم بدخول الجميع وهو مقتضى كلام القاضى أبى الطيب وهى التى اقتضى كلامى أولاً الميل إليها وليس لنا طريقة جازمة

لم يكن عليه ضرر لم يكن له الاجبار على القبول جواب على طريقة تخصيص الوجهين بما اذا تضرر بالفصل وقد بينا ما فيه من الاختلاف فيجوز اعلام قوله لم يكن له الاجبار - بالواو - (وقوله) لم يكن له أن يتملك معلم - بالحاء والواو - (وقوله) لتضمن الغاصب على بيع الصبغ - بالواو - لما حكينا عن النهاية ﴿فرع﴾ إذا كان الصبغ للغاصب وقيمه عشرة وقيمة الثوب عشرة وبلغت قيمته مصبوغاً ثلاثين ففصل الغاصب الصبغ وقصت قيمة الثوب عن عشرة لزمه ما نقص عن عشرة وكذا ما نقص عن خمسة عشر ان فصل بغير اذن المالك وطلبه وان فصل اذنه لم يلزمه إلا نقصان العشرة وان عادت قيمته مصبوغاً الى عشرة لتراجع الاسواق وكانت التراجع فى الثياب والأصباغ على وتيرة واحدة فالثوب بالسوية بينهما كما كان والنقصان داخل عليهما جميعاً وليس على الغاصب غرامة ما نقص مع رد العين نعم لو فصل الصبغ بعد تراجع القيمة الى عشرة فصار الثوب يساوى أربعة دراهم غرم ما نقص وهو خمس الثوب بأقصى القيم والمعتبر فى الأقصى خمسة عشر ان فصل بنفسه وعشرة ان فصل بطلب المالك له *

قال ﴿واذا غصب زيتاً وخلطه بزيتة فالنص أنه كالأهلاك فيضمن المثل من أين شاء * وتخرج الأصحاب أن لا ضمان لأنه لو خلطه بمثله فهو مشترك * وان خلطه بالأجود أو بالأردى فقولان * (ان

بعد دخول الابنية هنا مع التردد في دخولها تحت اسم الارض وهذا مالا يمكن ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه في دخول الابنية تحت اسم البستان والباحة والسكرم (ثالثها) يدخل المحيط دون ما إذا لم يكن على هيئة الجدار الموضوع للحفظ والاحاطة وكذلك فعل ابن الرفعة قال الرافعي وذكروا أن لفظ السكرم كلفظ البستان لكن العادة في نواحينا إخراج الحائط عن مسمى السكرم وادخاله في مسمى البستان ولكن لا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح به وذكر ابن الرفعة أن هذا (١) كالعام وأنه انصح يكون وجهاً رابعاً يعني (٢) السكرم والبستان (٣) ولو كانت الشجرة حادثة لم تدخل في بيع البستان قاله ابن الرفعة أخذاً مما سيأتي وفي العريش وهو المسمى في بلادنا بالسكرم (٤) - اللزوم تردد للشيخ أبي محمد رجح الامام والغزالي دخوله وجعل في الوسيط محل التردد في دخوله تحت اسم السكرم والامام نقله في لفظ البستان والباحة في كلامه ما يدل على جريانه في السكرم أيضاً وفي كلام الامام ما يقتضي أن ذلك في العريش الذي ينقل فانه قال والوجه عندنا القطع بدخولها تنزيلاً على المفهوم من اسم (٥) أو البستان في مطلق العرف فانه ينظم مع الكرم عريشه وان كان مجلد قال ابن الرفعة لكن هذه العبارة تفهم أن محل ذلك إذا كان العريش ينقل (أما) إذا كانت تراد للدوام (٦) في بلادنا فلا يأتي فيها التردد قال الرافعي ولو قال هذه الدار

(من ١ إلى ٦)
يباض بالاصل

قلنا) انه هالك غرم مثله من أين شاء * (وان قلنا) انه مشترك فيبيع الكل ويوزع على نسبة القيمة ولا يقسم الزيت (و) بعينه على تفاوت فيؤدي الى الربا * وخط الدقيق بالدقيق كخط الزيت بالزيت * وخط الزيت بالشيرج أولى بجعله اهلاكا * وخط الحنطة بالشعير ليس باهلاك بل يلزمه الفصل بالالتقاط

إذا خلط الزيت المغصوب بغيره لم يخل اما أن يتعذر التمييز بينهما أو لا يتعذر * ان تعذر فاما أن يكون ذلك الغير من جنسه أو لا يكون * ان كان من جنسه كالزيت والزيت والحنطة والحنطة نظر ان خلطه بأجود من المغصوب فالنص أنه كما لو هلك حتى يتمكن الغاصب من أن يعطيه قدر حقه من غير الخلو ونص في التفليس فيما اذا خلطه بالأجود ثم فليس على قولين (أحدهما) هذا حتى لا يكون للبائع الا المضاربة بالثمن (والثاني) أنهما شريكان في الخلو ويرجع البائع الى حقه منه واختلف الاصحاب على طريقين (أظهرهما) اثبات القولين في الغصب أيضاً وجه جعله هالكاً تعذر رده والوصول اليه وأيضاً فان قلنا بالشركة لاحتجنا الى البيع وقسمة الثمن بينهما كما سيأتي ولا يصل المالك الى عين حقه ولا الى مثله مع وجود العين والمثل أقرب الى حقه من الثمن ووجه الشركة القياس على مسألة الصبغ وعلى ما اذا اختلط الزيتان بنفسهما أو برضى المالكين وأيضاً فلو غصب صاعاً من هذا وصاعاً

بستان دخلت الأبنية والأشجار جميعاً ولو قال هذا الحائط بستان أو هذا الحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من الأشجار وفي البناء الذي في وسطه الخلاف السابق هكذا ذكره في التهذيب وهكذا قال الروياني فيما إذا قال حائط بستان وفي لفظهما قلق والمراد أن يقول بعثك هذا الحائط البستان هذه العبارة المستقيمة قال الرافعي ولا يتضح في لفظ الحوطة فرق بين الأبنية والأشجار فليدخلا أو ليكونا على الخلاف قال ابن الرفعة هذا الذي ذكره الرافعي صحيح إن كانت الحوطة بغير ميم أما إذا كانت في كلامهم بالميم فالإشارة تكون للميم وهو البستان فكأنه نطق به وعند نطقه تدخل الأرض والأشجار والبناء المحيط وفي دخول ما فيه من البناء الخلاف عنده فذلك الحق هذه اللفظة بالبستان (قلت) وهذه اللفظة فيما وقفت عليه من نسخ المذهب والرافعي والروضة - بالميم - وإخراج البناء عنها بعيد وإن أخرج فيما إذا نطق باسم البستان فإن الإشارة إلى الجميع وتخصيصها - بالميم - دون غيره لم يقتضه دليل وهي داخلة في مدلول اللفظ قطعاً بخلاف البستان عند من يجعلها خارجة منه لأن اسم البستان

من هذا وخلطهما وجعلناهما هالكين ينتقل الملك فيهما إلى الغاصب وذلك بمحض التعدي وأظهر القواين عند الأكثرين الأول المنصوص وعند الامام والمتولى الثاني (والطريق الثاني) القطع بالقول الأول والفرق أنا إذا لم تثبت الشركة هناك لا يحصل للبائع تمام حقه بل يحتاج إلى المضاربة وههنا يحصل للمالك تمام البدل وإن خلطه بمثله ففيه الطريقان وطريق ثالث وهو القطع بالشركة لأن في إثبات الشركة اتصال للمالك إلى بعض حقه بعينه وإلى بدل بعضه من غير زيادة تقوم على الغاصب فكان أولى من اتصاله إلى بدل الكل وحكى ذلك عن ابن سريج وأبي إسحق وإن خلطه بأردأ منه فالنص أنه كالهالك أيضاً ويحى. فيه الطريقان المذكوران في الأجود ولكن المنصوص في التفليس والحالة هذه ليس إلا قول الشركة وذكرنا أن بعضهم خرج فيه قولاً آخر يمكن أن يكون مخرجاً من نصه ههنا ويكون في صورتين قولاً بالنقل والتخريج من الطرفين ويمكن أن يكون قول الهلاك في الإرداء مخرجاً من توجيهه في الإرداء فإن الشافعي رضى الله عنه قال الذائب إذا اختلط انقلب حتى لا يوجد عين ماله على مامر وإذا اختصرت قلت في الخلط المطلق ثلاثة أوجه (ثالثها) الفرق بين خلط بغير المثل فيكون المغصوب هالكا وبالمثل فيشتركان *

﴿التفريع﴾ إن جعلنا الاختلاط كالهلاك فللغاصب أن يعطيه المثل من غير الخلوط وله أن يعطيه منه إذا كان الخلط بالمثل وكذا لو خلطه بالأجود لأن الخلوط خير من المغصوب وليس له أن يعطيه قدر حقه من الخلوط إذا خلط بالأرداء إلا إذا رضى المالك وإذا رضى فلا أرش له كما إذا أخذ الرديء من موضع آخر وإن حكمنا بالشركة فإن خلط بالمثل فقد زنته من الخلوط وإن خلط بالأجود

صديق بدونها نعم قول الرافعي فليدخل أو ليكونا على الخلاف لا وجه للتردد في ذلك بل يتعين الجزم بدخولها (وأما) لفظ الحوطة بغير - ميم - فلم أره في كتاب غير كلام ابن الرفعة ولا أعلم معناه فإن كان موضوعاً للبستان فينتجه كلام صاحب التهذيب ولا يستقيم كلام الرافعي وإن كان موضوعاً للحائط الدائر على البستان فينتجه أن لا يدخل البناء ولا الشجر جميعاً (والاقرب) أن حذف - الميم - تصحيف وإن اللفظ بالميم كما هو في الكتب وإن الحكم فيها مخالف للحكم في لفظ البستان والحائط بمعناه وأنه لا ينتجه فرق فيها بين البناء والشجر كما قاله الرافعي لكنه لا ينبغي التردد في ذلك كما تردد بل ينبغي دخول البناء والشجر لوجود الإشارة إلى الجميع وعدم ما يقتضي إخراج شيء من ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم * قال ابن الرفعة وفي بعض الشروح أنه لو قال بعثك هذا الحوط دخل فيه الحيطان والأرض وإن كان فيه غراس فعلى ما تقدم من الخلاف (قلت) وهذا عكس ما قاله صاحب التهذيب وخلاف ما قاله الرافعي أيضاً وبعيد من جهة المعنى لا وجه له والله سبحانه وتعالى أعلم *

كما إذا خلط صاعاً قيمته درهم بصاع قيمته درهمان نظر إن أعطاه صاعاً من الخلوط أجبر المالك على قبوله لأن بعضه من حقه وبعضه خير منه والافياع الخلوط ويقسم الثمن بينهما أثلاثاً فإن أراداً قسمة عين الزيت على نسبة القيمة فالظاهر أنه لا يجوز وبني ذلك على أن القسمة أفراز حق لا بيع وفي المسألة وجه أنه يكاف الغاصب تسليم صاع من الخلوط لأن اكتساب الخلوط صفة الجودة بالخلط كزيادة متصلة تحصل في يد الغاصب وإن خلط بالارداً كما إذا خلط صاعاً قيمته درهمان بصاع قيمته درهم أخذ المالك من الخلوط صاعاً مع أرش النقصان لأن الغاصب متعدد بخلاف ما إذا خلط المشتري بالارداً وأفلس فإن البائع إما أن يقع بصاع من الخلوط أو يضارب مع الغرماء فإن اتفقا على بيع الخلوط وقسمة الثمن أثلاثاً جاز وإن أراداً قسمة عين الزيت على نسبة الثمنين فمنهم من جعله على الخلاف المذكور في طرق الأجود ومنهم من قطع بالمنع لأنه أمكن الرجوع إلى صاع منه مع الأرض ولا حاجة إلى احتمال القسمة المشتملة على التفاضل وخلطه الخل بالخل واللبن باللبن كخلط الزيت بالزيت وإذا خلط الدقيق بالدقيق (فإن قلنا) أنه مثلى وبه قال ابن سريج فهو كخلط الزيت بالزيت أيضاً (وإن قلنا) أنه متقوم (فإن قلنا) أن المختلط هالك فالواجب على الغاصب القيمة (وإن قلنا) بالشركة فيبيع ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين فإن أراداً قسمة عين الدقيق على نسبة القيمتين والخلط بالأجود أو الأرداً فهو على ما ذكرنا في قسمة الزيت للخلوط وإن كان الخلط بالمثل فالقسمة جائزة إن جعلناها أفرازاً وإن جعلناها بيعاً لم تجز لأن بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز هذا إذا كان الخلط بالجنس (أما) إذا خلط

﴿ فرع ﴾ قول الغزالي في الوجيز إن الاظهر عدم الدخول يعني به الاظهر من الطرق فانه في الوسيط صرح بأن الخلاف فيه كما في اسم الارض (وأصح) الطرق عنده في اسم الارض عدم الدخول كما تقدم فعلم أن مراده هنا الاظهر من الطرق والعجلى قال ان معناه الاظهر من الوجهين وحمله على ذلك تسوية الامام بين البناء بالنسبة الى البستان والشجر بالنسبة الى الدار والذي حكاه الامام والغزالي في استنباع الدار للشجر ثلاثة أوجه وأفهم كلام الامام فيها أن التفريع على أن اسم الارض لا يتناول البناء والشجر اى ان قلنا البناء والشجر داخلان في الارض فهنا أولى (وان قلنا) لا يدخل فهنا ثلاثة أوجه ويكون قول الغزالي الاظهر أى من هذه الوجة ولا شك ان ما قاله الامام نفيه * لكن الغزالي صرح في الوسيط بأن الخلاف فيه كاخلاف في الارض فينبغي أن يحمل كلامه في الوجيز على ذلك ويكون الاظهر من الطرق فانه ليس في كلامه التسوية بين الدار والبستان كما في كلام الامام وان كانت التسوية متجهة وقد تقدم في استنباع الدار الاشجار بحث ويمكن أن يعود مثله هنا في هذه الوجة وتكون مفرعة على القول باتباع الاسم كما ذكره الامام هناك وان

المغصوب بغير جنسه كما لو خلط زيتاً بشيرج أو دهن بان أو دهن جوز أو خلط دقيق حنطة بدقيق شعير فالمغصوب هالك لبطلان فائده وخاصيته باختلاط غير الجنس^٣ به بخلاف الجيد مع الردىء ومنهم من جعله على الخلاف السابق ووجه ثبوت الشراكة ما لو خلط بالرضى هذا ما اختاره صاحب التتمة ههنا ايضاً وقال ان تراضيا على بيع الخلوط وقسمة^٤ اثنى جاز وان اراد قسمته جاز وكان المغصوب منه باع ما يضمن في يد الغاصب من الزيت بما يصير في يده من الشيرج قال الامام وألحق الاصحاب بخلط الزيت بالشيرج لت السويق بالزيت وهو بعيد وانما هو كصبغ الثوب وهذا في الخلط الذي يتعذر معه التمييز والفصل بالالتقاط وان شق سواء خلط بالجنس كالحنطة البيضاء والحرء او بغير الجنس كالحنطة والشعير والمواضع الذي ينبغي أن يعلم عليهما من الفصل غير خافية *

﴿ فرع ﴾ لو خلط الزيت بالماء وأمكن التمييز لزم التمييز وأرسل النقص ان كان فيه نقص وان لم يمكن التمييز فهو كخلطه بالبان الا أن لا يبقى له قيمة فيكون هالكا لا محالة فان حصل فيه مميز أو غير مميز نقص سيار فقد سبق حكمه *

قال ﴿ ولو غصب ساجة وأدرجها في بنائه لم يملك بل يرد (ح) على مالكه وان أدى الى هدم بنائه * وان أدرج في سفينة لم ينزع ان كان في النزع اهلاك الغاصب * أو اهلاك حيوان محترم * أو اهلاك مال لغيره ولكن يغرم القيمة في الحال للحيلولة الى أن يتيسر الفصل * وان لم يكن فيه الا مال الغاصب ففي جواز النزع وجهان ﴾ *

لم يصرح به هنا لكن تسويته بين المسألتين يقتضيه ولو كان في البستان ماء فهل يدخل في العقد فيه وجهان حكاهما القاضي حسين * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر دخل في بيع النخل وان كان مؤبراً لم يدخل لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع فجعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهي للمبتاع ولأن ثمرة النخل كاللحم لأنه نماء كامل لظهوره غاية كالحل * ثم الحمل السكمان يتتبع الاصل في البيع والحمل الظاهر لا يتبع فكذلك الثمرة * قال الشافعي رحمه الله وما شقق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر ﴾ *

إذا غصب ساجة وأدرجها في بنائه أو بني عليها أو على أجر مغضوب لم يملك المغضوب وعليه اخراجه من البناء ورده الى المالك وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة يملك ويغرم قيمته لنا أنه بنى على ملك الغير عدواناً فلا يزول به ملك المالك قياساً على مالو غصب أرضاً وبني عليها وأيضاً فان القدرة على المثل تمنع من العدول الى القيمة لان المثل اقرب الى المغضوب فأولى ان تمنع القدرة على العين العدول الى القيمة وهذا ما لم تغض الساجة فان عفنت بحيث لو أخرجت لم يمكن لها قيمة فهي مستهلكة فان أخرجها وردها لزمه أرش النقص ان دخلها نقص وفي الأجرة ما ذكرنا في ابلاء الثوب بالاستعمال ولو أدرج لوحاً مغضوباً في سفينة نظر ان لم يخف من النزع هلاك نفس ولا مال بأن كانت على وجه الأرض أو مرساة على الشط أو أدرج في أعلاها ولم يخش من نزعه الغرق أو لم يكن فيها نفس ولا مال ولا خيف هلاك السفينة نفسها نزع ورد وخلاف أبي حنيفة عائد فيه وان كان في لجة البحر وخيف من النزع هلاك حيوان محترم سواء كان آدمياً اما الغاصب أو غيره أو غير آدمي لم تنزع حتى تصل الى الشط وان خيف من النزع هلاك مال اما نفس السفينة أو غيرها فهو مال للغاصب أو لمن وضع فيها وهو يعلم أن فيها لوحاً مغضوباً أو لغيرها ان كان لغيرها لم ينزع أيضاً وان كان لها فوجهان (أحدهما) عند الامام النزع كما يهدم البناء لرد الساجة ولا يبالي بما يضيع عليه (والثاني) وهو الأصح عند ابن الصباغ وغيره أنه لا ينزع لأن السفينة لا تدوم في البحر فيسهل الصبر الى انتهائها الى الشط بخلاف الساجة المدرجة في البناء فان البناء للتأيد وحيث لا تنزع الى الوصول الى الشط توجد القيمة للحيلولة الى ان يتيسر الفصل فيئذ يرد اللوح مع أرش النقص ان نقص ويسترد القيمة ان قلنا لا يبالي في النزع بهلاك مال الغاصب فلو اختلطت التي أدرج منها اللوح بسفن الغاصب ولا توقف على النزع الا بفصل الكل حكى في المذهب فيه وجهين *

﴿الشرح﴾ حديث ابن عمر رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم رحمهما الله ولفظهما «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» وفى لفظ لمسلم «من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر» وفى لفظ آخر له «أيما نخل اشترى أصولها وقد أبرت فان ثمرتها للذى أبرها إلا أن يشترط الذى اشتراها» وفى لفظ له أيضاً «أيما امرئ أبر نخلاً ثم باع أصلها فللذى أبر ثمر النخل إلا أن يشترط المبتاع» ورواه الشافعى رضى الله عنه عن ابن عيينة عن الزهرى عن سالم عن أبيه وهذا من أصح الأسانيد وأحسنها كله أئمة علماء ولفظه كلفظ المصنف لكنه قال أن يشترط المبتاع بغيرها وكذلك فى بقية الحديث من طريق سالم ومن باع عبداً وله مال فالل للبائع إلا أن يشترط المبتاع وجماعة الحفاظ يقولون هكذا بغيرها فى الموضوعين هكذا قال ابن عبد البر ونبه على أن المعنى إلا أن يشترط المبتاع سائر ذلك فيدل على صحة اشتراط نصف الثمرة أو جزء منها وكذلك فى مال العبد وهو قول جمهور الفقهاء وسأتعرض لهذا فى فرع آخر الكلام إن شاء الله تعالى والغرض التنبيه على إسقاط الماء من لفظ الحديث ولم أقف عليها فى شيء من طرق الحديث وقول المصنف نماء احتراز من الكنز والحجارة المدفونة والبذور (وقوله) كامن

قال ﴿وكذا لو غصب خيطاً وخاط به جرح آدمى أو حيوان محترم غير مأكول وكان فى نزعه خوف هلاك لم ينزع اذ يجوز الغصب بمثل هذا القدر ابتداء بل يفرم قيمته * فان مات الجروح أو ارتد فى النزاع لأن فيه مثله * وفى الحيوان المأكول خلاف لأنه ذبح بغير مأكلة * وينزع عن الخنزير والكلب العقور اذ لحرمة لهما *﴾

الخيط المنصوب إن خيط به ثوب ونحوه فالحكم كما فى البناء على الساجة وإن خيط به جرح حيوان فهو إما محترم أو غيره (القسم الأول) المحترم وهو الآدمى وغيره (أما) الآدمى فان خيف من نزعه هلاكه لم ينزع وعلى الغاصب قيمته ثم إن خاط جرح نفسه فالضمان مستقر عليه وإن خاط جرح غيره بإذنه وهو عالم بالغصب فقرار الضمان عليه وإن كان جاهلاً فعلى الخلاف فيما إذا أطعم المنصوب غيره وفى معنى خوف الهلاك خوف كل محذور يجوز العدول إلى التيسر من الوضوء وفافا وخلافاً قال الامام ولورتب ائندح وجهان (أحدهما) أن ترك الخيط أولى لقيام القيمة مقامه (والثانى) أن نزعه أولى لتعلقه بحق الآدمى المبني على الضيق (وأما) غير الآدمى فهو على ضربين (أحدهما) غير المأكول فالحكم فيه كما فى الآدمى إلا أنه لا اعتبار ببقاء الشين فيه (والثانى) المأكول فان كان لغير الغاصب لم ينزع وإن كان للغاصب ففيه قولان وقيل وجهان (أحدهما) وهو رواية الربيع أنه يذبح ويرد الخيط لأنه جائز الذبح وبذبحه يصل الحق إلى المستحق (وأظهرها) المنع كما فى غير المأكول لأن الحيوان حرمة فى نفسه ألا ترى أنه يؤمر بالانفاق عليه ويمنع من إتلافه وإذا لم يقصد بالذبح

احتراز من الزرع لانه ظاهر من غير المؤبر كذلك وان التين والعنب ونحوه (وقوله) لظهوره غاية احتراز من الجوز واللوز والزمان والموز والرايح لأنه لا غاية لخروجه من قشره وانما يظهر بكسره فالزمان والموز للبائع قولاً واحداً والجوز واللوز والرايح له على الصحيح المنصوص فالثمرة المقصودة من دون الأشياء لا تظهر إلا عند الأكل فهذا في معنى قولنا ليس لظهوره غاية وقد ورد في بعض الروايات من باع وفي بعضها من اشترى وكلها صحيح سنداً ومعني قال ابن عبد البر لا يختلف أهل العلم بالحديث في صحة هذا الحديث وهو عند جميعهم ثابت صحيح (وقوله) أبرت يجوز تشديده وتخفيفه يقال أبر النخل مخففاً يأبرها أبراً والتأثير هو التلقيح وهو أن ينتظر النخلة حتى اذا انشق طلوعها وظهر مافي بطنه وضع فيه شيء من طلع الفحال وقال بعضهم هو ان تشق تؤخذ شيء من طلع الذكرفيدخل بين ظهري طلع الأنث فيكون ذلك باذن الله تعالى صلاحاً لها وهذه العبارة المحررة وقد يؤخذ سعف

الاكل منع منه وقد روى أنه ﷺ « نهى عن ذبح الحيوان إلا لما كلة »^(١) واذا مات الحيوان الذي خيط به جرحه فان كان غير الآدمي نزع منه الخيط وفي الآدمي وجهان (أصحهما) على ما ذكره في النهاية أنه ينزع وان لم ينزع في الحياة لحمة الروح (والثاني) المنع لأن الآدمي محترم بعد الموت ولذلك قال صلى الله عليه وسلم « كسر عظم الميت ككسر عظم الحي »^(٢) (القسم الثاني) غير المحترم فلا يبالي بهلاكه ونزعه منه الخيط ومن هذا القسم الخنزير والكلب العقور (أما) كلب الصيد والماشية فلا يجوز النزع منه قاله الامام والحق الكلب الذي لا منفعة فيه بالمؤذيات وذكر تردداً فيما إذا خاط به جرح مرتد وحكم بأن الأوجه المنع لأن المثلة بالمرتد محرمة وليست كالمثلة بالميت لأنها تتوقع بالمرتد عوداً إلى الاسلام هذا لفظه ويوافق ذلك قوله في الكتاب أو ارتد ففي النزع خلاف غير أن الامام صورته فيما إذا خيط به جرح المرتد ولفظ الكتاب فيما إذا طرأت الردة على الخياطة والذي أجاب به الأكثرون أن المرتد غير محترم فينزع الخيط منه وكذا الحربى وخرج صاحب التتمة فيما إذا خاط به جرح الزاني المحسن أو المحارب على الخلاف فيما إذا خاط به جرح معصوم فمات لأن تقويت روحه مستحقة فالحق

(١) حديث ﷺ أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان إلا لأكله. أبو داود في المراسيل عن القاسم بن عبد الرحمن الشامي في حديث قال فيه ولا تقل غنمة ليست لك بها حاجة وفي الموطأ عن أبي بكر في قوله كلفظ الاصل *

(٢) حديث ﷺ كسر عظم الميت ككسر عظم الحي أحمد وأبو داود وابن ماجه والبيهقي من حديث عائشة حسنه ابن القطان وذكر القشبرى أنه على شرط مسلم ورواه الدار قطنى من وجه آخر عنها وزاد في الأئم وفي رواية للشافعى يعنى في الانم وذكره مالك في الموطأ بلاغاً عن عائشة موقوفاً ورواه ابن ماجه من حديث أم سلمة (تنبيه) في الامام أن مسلماً رواه ليس كذلك *

الفحال فيضرب في ناحية من نواحي البستان عند هبوب الرياح فيحمل الريح أجزاء الفحال الى سائر النخيل فيمنعه التساقط وفي عبارة جماعة ما يوهى أن التشقق داخل في مسمى التأخير وسنين لك فيما سيأتى أنه ليس الأمر كذلك (أما) الأحكام فبيع الشجر ان كان بشرط القطع جاز مطلقاً رطباً ويابساً وان كان بشرط القلع فاطلاق الأكثرين يقتضى الجواز أيضاً وقال الصيمرى ان كان كافجلاً لم يجوز لان أسفله غائب وان كان كشجر العصفى وما حفر من التراب جاز لان الغائب منه ذيز مقصود وأطلق الصيمرى ذلك من غير تفصيل بين الرطب واليابس وغيره صرح بجواز شرط القلع ويجعل المجهول تبعاً وان باع بشرط التبقية فان كانت الشجرة رطبة وليس الكلام فيما يشترط فيه القطع من الباب وان كانت يابسة قال المتولى فسد البيع وان أطلق فالشهور الجواز وعلي مقتضى قول الصيمرى حيث لا يجوز شرط القطع ينبغى الحكم بالفساد * إذا عرف ذلك فقال الأصحاب يندرج في

بالميت ويبنى على التفصيل المذكور في جواز غصب الخيط ابتداء ليخاط به الجرح اذا لم يوجد خيط حلال فحيث حكمنا بالنزع لا يجوز الغصب وحيث قلنا لا ينزع يجوز والى هذا أشار بقوله اذا يجوز الغصب بمثل هذا القدر ابتداء *

قال ﴿ولو أدخل فضيلاً في بيته أو ديناراً في محبرته وعسر اخراجه كسر عليه تخليصاً للمال * وان لم يكن بفعله فالأظهر أن المخلص ماله يغرّم أرش النقص * وان غصب فرد خف قيمة الكل عشرة وقيمة الفرد ثلاثة ضمن سبعة لان الباقي ثلاثة * وقيل ثلاثة لانه المنصوب * وقيل خمسة كالمزكوفات غيره الفرد الآخر تسوية بينهما ﴾ *

فيه فرعان (أحدهما) تفصيل رجل حصل في بيت آخر ولم يمكن اخراجه الا بنقض البناء فينظر إن كان بتفريط من صاحب البيت بأن غصبه وأدخله فيه نقض ولم يغرّم صاحب التفصيل شيئاً وان كان بتفريط من صاحب التفصيل فاذا نقض البناء غرم أرش النقص وان دخل التفصيل بنفسه نقض أيضاً وهل على صاحب التفصيل أرش النقص قال العراقيون نعم وهو ظاهر المذهب لانه انما نقض لتخليص ملكه وذكر الامام وصاحب الكتاب فيه خلافاً ووجه المنع أنه لا تفريط من أحد والاخراج لا بد منه لحزمة الروح وانما ينتظم هذا إذا كان الفرض فيما إذا خيف هلاكه لو لم يخرج ولو وقع دينار في محبرة ولم يخرج الا بكسرها ان وقع فيها بفعل صاحب المحبرة عمداً أو سهواً كسرت ولا غرم على صاحب الدينار وان وقع بفعل صاحب الدينار فعليه الارش وان وقع من غير تفريط من أحد كسرت وعلى صاحب الدينار الارش وأجرى صاحب الكتاب في وجوب الارش الخلاف المذكور في الصورة الاولى لكن التوجيه الذى مر لا يوجب ههنا وقال ابن الصباغ اذا لم يفرط واحد منهما ضمن صاحب المحبرة الدينار

مطابق بيع الشجرة أغصانها لأنها معدودة من أجزاء الشجرة فان كان الغصن يابساً والشجرة رطبة فالشهور لا يدخل لأن العادة فيه القطع كما في الثمار قال في التهذيب ويحتمل أن يدخل كالصوف على طهر الغنم قل ابن الرفعة أى إذا بيعت وقد استحق الجز ويدخل العرق أيضاً في مطابق بيع الشجرة وكذا الأوراق وفي ورق التوت ونحوه خلاف سياى تفصيله في كلام المصنف وفي أغصان الخلاف التى تقطع أغصانه ويترك ساقه فاذا باع شجرته فالأغصان لا تدخل في العقد (أما) الخلاف الذى يقطع في كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب ما طهر منه للبائع وفي أصوله الخلاف الذى في أصول النقل قال ذلك القاضى حـ بن وعن الامام أنه قال هنا انها تدخل أغصانها في البيع بلا خلاف وفي كتاب الرهن حكى فيها خلافاً وفي كتاب الوقف قال إنها بمنزلة الثمرة فتلخص أن الخلاف نوعان (نوع) يقطع كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب (ونوع) يبقى وتقطع أغصانه في دخول أغصانه في بيعه

ينبغي أن يقال لا تكسر الحبرة لزوال الضرر بذلك وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل ولو أدخلت بهيمة رأسها في قدر ولم تخرج الا بكسرها فان كان معها صاحبها فهو مفطر بترك الحفظ فان كانت غير مأكولة تخلص بكسر القدر وعليه أرش النقصان وان كانت مأكولة ففي ذبحها وجهان كما في مسألة الخيط واذا لم يكن معها أحد فان فطر صاحب القدر مثل ان وضع القدر في موضع لاحق له فيه كسرت ولا غرم له وان لم يفطر كسرت وغرم صاحب البهيمة الأرض ولم يذكر التفصيل المذكور في صورة القدر والفرق بين المأكول وغير المأكول في الفصيل والبيت والوجه التسوية (الثانى) غصب زوجى خف قيمتهما عشرة ثم رد إحداهما وقيمتها ثلاثة وتلف الآخر يلزمه سبعة لان بعض المفصوب قد تلف والباقي ينقص ولو أتلف أحدهما أو غصبه وحده وتلف وعادت قيمة الباقي الى ثلاثة ففيه أوجه (أحدها) أنه يضمن سبعة لأنه أتلف أحدهما وأدخل النقصان على الباقي بتعديده فاشبهه مالو حل أجزاء الباب والسرير فنقصت قيمته (والثانى) يضمن ثلاثة لان قيمة الفرد الذى أتلفه ثلاثة (والثالث) خمسة كما لو أتلف رجل أحدهما وآخر الآخر فانه يسوى بينهما ويضمن كل واحد منهما خمسة ونظم الكتاب يقتضى ترجيح الأول وبه قال الشيخ أبو حامد ومن تابعه وقال الامام وصاحب التهذيب الأظهر الثالث ولو أخذ أحدهما على صورة السرقة وقيمتها مع نقصان الثانى نصاب لا يقطع بلا خلاف *

(فرع) سياى القول في أن ماتتله البهيمة متى يضمنه مالکها فاذا ابتلعت البهيمة شيئاً واقتضى الحال لزوم الضمان نظر ان كان مما يفسد بالابتلاع ضمنه وان كان مما لا يفسد كاللآلىء فان لم تكن مأكولة لم تذبح ويفرم قيمة ما ابتلعت له الحيلولة وان كانت مأكولة فعلي الوجهين السابقين

خلاف (الأصح) الدخول لأمرها جزء منه ولا يدخل في بيع الشجرة السكرم الذي عليها قاله القاضي حسين في الفتاوى ولو كانت الشجرة يابسة ثابتة فعلى المشتري تفرغ الأرض عنها للعادة ولا يدخل مغرسها في العقد وجهاً واحداً قاله القاضي حسين وحكمها حكم سائر المقولات ولا يشترط فيه القطع قاله القاضي حسين قال في التتمه فلو شرط إبقاءها فسد البيع كما لو اشترى الثمرة بعد التأخير وشرط عدم القطع عند الجذاذ ولو باعها بشرط التطع جاز وتدخل العروق في البيع عند شرط القطع وإن كانت مجبولة تبعاً كذا قاله وقال الصيمري لا يجوز بيع النخلة بشرط القلع لأن أسفلها غائب ولا يدخل عند شرط القطع بل تقطع عن وجه الأرض * وإن كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الإبقاء أو بشرط القلع أو بشرط القطع اتبع الشرط وفيه عند شرط القلع ما تقدم عن الصيمري ولا يجب تسوية الأرض لانه شرط القلع قاله في الفتاوى ولو أطلق جاز الإبقاء أيضاً للعادة كما لو اشترى بناء استحق إبقاءه وليس

ولو باع بهيمة بشئ معين فابتلعت نظر إن لم يكن الثمن مقبوضاً ففسخ البيع وهذه بهيمة للبائع ابتلعت مالاً المشتري إلا أن يقتضي الحال وجوب الضمان على صاحب البهيمة فيستقر العقد ويكون ماجرى قبلاً للثمن بناء على أن اتلاف المشتري بعض منه وإن كان الثمن مقبوضاً لم يفسخ البيع وهذه بهيمة للمشتري ابتلعت مالاً للبائع *

﴿ الفصل الثالث * في تصرفات الغاصب ﴾

قال ﴿ فإذا باع الجارية المغصوبة ووطئها المشتري وهو عالم لزمه الحد والمهر (ح) إن كانت مستكرهه * وإن كانت راضية فوجهان لقوله عليه الصلاة والسلام «للمهر لبعي» ولكن المهر للسيد فيشبه أن لا يؤثر رضاها * وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر تردد لأن منافع البضع لا تدخل تحت الغصب * وإن كان جاهلاً لزمه المهر ولا يجب إلا المهر واحد بوطأت إذا اتحدت الشبهة وفي تعدد الوطء بالاستكره تردد في تعدد المهر ﴾ *

هذا الفصل الثالث وإن كان مترجماً بتصرفات الغاصب مطلقاً لكن القصد منه شيئان (أحدهما) الكلام في وطء المشتري من الغاصب (والثاني) فيما يرجع به إذا غرم طي الغاصب واعلم قبل الشروع فيهما أنه إذا اتجر الغاصب في المال للمغصوب ففيه قولان (الجديد) أنه إن باعه أو اشترى بعينه فالتصرف باطل وإن باع سلباً أو اشترى في الذمة وسلم للمغصوب فالعقد صحيح والتسليم فاسد ولا تبرأ ذمته عما التزم ويملك ما يأخذوا رباحه له (والقديم) أنه يتبعه والشراء بعينه منعقد موقوف على إجازة المالك فإن أجازته فالرجح له وكذا إذا التزم في الذمة وسلم للمغصوب وتكون الأرباح للمالك وهذه المسألة قد مر ذكرها في أول البيع ويتم شرطها في القراض والغرض الآن التذكير

كالزراع حيث يشترط القطع لأن الشجرة تراد للبقاء ولا يجوز للبائع أن يقلعها على شرط أن يغزم ما ينقصه القلع قاله الامام وهو ما لا خلاف فيه وكذلك اذا باع بناء مطلقاً قاله الامام وهل يدخل المنع في البيع فيه وجهان وقيل قولان (أحدهما) ويحكي عن أبي حنيفة نعم لانه يستحق منفعة لا الى غاية وذلك لا يكون الا على سبيل الملك ولا وجه لتملكه الا دخوله في البيع (وأصحها) عند الامام والرافعي وغيرهما نعم لأن اسم الشجرة لا يتناولوه وقد يستحق غير المالك المنفعة لا الى غاية كما لو أعار جداره لوضع الجذوع وكذا الوجهان في دخول الأس في بيع البناء كما تقدم قال الامام وليس هذا كالخلاف في استتباع الأرض أشجارها فن الفرع لا يستتبع الأصل ولكنه من جهة استحقاق لا يحمل له الا الملك يعنى أن ذلك لا يكون اجارة للتأييد ولا عارية لعدم جواز الرجوع وان بذل أرش النقص فلم يبق الا جعله مبيعاً تبعاً فلى الوجه الأول لو اقامت الشجرة أو قلعه المالك كن له أن يغرس بدلها

ببيان أن مسائل الفصل متفرعة على المذهب الجديد * اذا عرفت ذلك فالقصد الأول هو القول في وطء المشتري من الغاصب ولا يغلو اما أن يكون محبلاً أولاً (النضرب الأول) الوطاء الخالى عن الاحبال ونذكر أولاً حكمه اذا وجد من الغاصب بعضه فنقول انه مع الجارية للمصوبة اما أن يكونا جاهلين بتحريم الوطاء أو عالين أو أحدهما عالم والآخر جاهل ان كانا جاهلين فلا حد عليهما وعليه المهر للسيد وكذلك أرش الافتضاخ ان كانت بكراً ثم ذكروا وجهين في أنا نفرد أرش الافتضاخ من المهر فنقول عليه مهر مثلها ثيباً وأرش الافتضاخ أولاً نفرد ونقول عليه مهر مثلها بكراً ورجحوا الأول لوجوبهما بسببين مختلفين وانفكاك كل واحد منهما عن الآخر (فان قلت) هل يختلف المقدار بالاعتبارين أم لا ان اختلف وجب أن يقطع بوجوب الزائد لأن بناء أمر الغاصب على التليظ وان لم تختلف فلا فائدة للوجهين (فالجواب) أن يقال ان اختلف المقدار فالوجه ماذكرته وقد أشار اليه الامام وان لم تختلف فالوجهين فوائد تظهر من بعد * وان كانا عالين بالتحريم فينظران كانت الجارية مكرهة فعلى الغاصب الحد والمهر خلافاً لأبي حنيفة في المهر ويجب عليه أرش الافتضاخ ان كانت بكراً وان كانت طائفة فعليهما الحد وفي المهر وجهان ويقال قولان (أحدهما) يجب لأن المهر حق السيد فلا يؤثر فيه رضاها كما لو أذنت في قطع يدها (وأظهرهما) وهو المنصوص أنه لا يجب لأنها رانية ساقطة الحرمة فاشبهت الحررة اذ اذنت طائفة وقد روى أنه عليه السلام « نهى عن مهر البغي » ^(١) ويجوز

(١) قوله ﴿ روى أنه صلى الله عليه وسلم قال لا مهر لبغي قال الرافعي المشهور في لفظ هذا الخبر أنه نهى عن مهر البغي لا كما في الكتاب يعنى في الوجيز وحديث النهى عن مهر البغي متفق عليه من حديث أبي مسعود *

وله أن يبيع المغرس وعلى الثاني ليس له ذلك وهل يكون ملكه لذلك من باب الاجارة أو الإعارة قال ابن الرفعة يخرج فيه من مقتضى كلام الأصحاب وجهان (أحدهما) اجارة كما قيل بمثله في الصلح ولا يخرج على الجمع بين بيع واجارة لأن هذا يقع ضمناً مع أن الصحيح جواز الجمع وهذا الوجه يتخرج من قول جمهور الأصحاب ان البائع لا يتمكن من القلع وغرامة الارش على ما يفرغ وقال بعض الأصحاب فيما حكاه الامام في كتاب الرهن ان له القلع وغرامة ما ينقصه القلع كما يغرم المستعير في مثل هذه الصورة وعلى المعير أن يكون استحقاق على سبيل العارية قال ذلك ابن الرفعة قال وبه يتم ما أبديته تخريجاً وهل يلزمه تسوية الحفر أو يخرج على الخلاف في العارية وقال ابن الرفعة يشبه أن يقال (ان قلنا) الابقاء يستحق كالعارية فكالعارية والا فلا يلزمه وجهاً واحداً والخلاف في دخول المغرس والأس في البيع مثله مذکور في الاقرار بهما واقامة البينة كما حكاه الامام في كتاب الصلح ونقله ابن الرفعة عنه * ولو كانت الارض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل فيها ملك الارض فان جهل المشتري الحال وقلنا بدخولها في البيع لو كانت للبائع قال ابن الرفعة فيشبه أن يقال يثبت الخيار كما اذا قلنا الحمل يقابل بالثمن ثم بان أن لا حمل ولا يبطل البيع لأن ذلك انما وقع تبعاً لا

أن يكون مهرها لاسيد ويتأثر بضعها كما لو ارتدت قبل الدخول أو أرضعت ارضاعاً مفسداً للنكاح ويجب أرش الافتضاخ ان كانت بكرًا اذا قلنا إنه يفرد عن المهر وان قلنا لا يفرد ففي وجوب الزيادة على مهر مثلها وهي ثيب وجهان (في وجه) لا تجب كما لو زنت الحرة طائفة وهي بكر (وفي وجه) تجب كما لو أذنت في قطع طرف منها * وان كان أحدهما عالماً دون الآخر فان كان الغاصب عالماً فعليه الحد وأرش البكارة ان كانت بكرًا والمهر وان كانت الجارية عالمة فعليها الحد ودونه ويجب المهر ان كانت مكروهة وان كانت مطاوعة فعلى الخلاف * واعلم أن الجهل بتحريم وطء المغصوبة قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقاً وقد يكون لتوهم حلها خاصة لدخولها بالغصب في ضمانه ولا تقبل دعواهما الا من قريب العهد بالاسلام أو ممن نشأ في موضع بعيد من المسلمين وقد يكون لاستبائها عليه وظنه أنها جاريته ولا يشترط لقبول الدعوى ما ذكرناه * هذا في وطء الغاصب وأما المشتري من الغاصب فالقول في وطئه في حالتي العلم والجهل كما ذكرنا في الغاصب الا أن الجهل في حق المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة أيضاً فلا يشترط في دعواه الشرط السابق كما لا يشترط في الاشتباه واذا غرم المشتري المهر فسيأتى الخلاف في رجوعه على الغاصب وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداء فيه وجهان عن صاحب التقریب (وجه المنع) أن المهر بدل منفعة البضع وهي غير داخلة تحت اليد ولا مضمونة بالغصب (وجه الثاني) وهو قضية كلام

مقصوداً وهذا اذا كان الابقاء مستحقاً له بطريق باجارة أو غيرها (أما) اذا كان في أرض مفصولة
فحكي الماوردي في كتاب النصب في محته وجهين (أحدهما) لا يصح لان الا^(١)الابقاء وهو لا يستحقه
في هذه الحالة (والثاني) يصح ويثبت الخيار وظاهر كلامه أن ذلك تفريع على أنه لا يملك عند
الاطلاق وإنما يستحق الابقاء وجريان مثل ذلك على قول المالك قال ابن الرفعة والذي تم به البلوى
ولم تنف فيه على نقل أن يبيع البناء والأرض مستأجر معه ولم تنته مدة اجارته وعلم المشتري منه ذلك
فهل تقول يستحق الابقاء في بقية مدة اجارته بغير عوض كولو كانت الأرض مملوكة له ولم يدخلها في
العقد أو يستحق الاجرة كما يستحقها مالك المنفعة عليه بعد فراغ المدة فيه نظر واحتمال قال والأشبه
الثاني والعمل عليه في العرف ولو كانت الأرض قد أوصى له بمنفعتها دون رقبتهما وجاز له البناء والغراس
فيها ثم باع ذلك فيشبه أن تلحق هذه بما اذا كان مالكا للأرض حتى لا تستحق عليه أجرة لافي حال
حياته ولا بعد وفاته (اذا قلنا) لا تبطل الوصية بموته كما هو المذهب (أما) اذا قلنا تنتهي بموته حتى
لا تنتقل المنفعة لوارثه كما هو محكي في الابانة والبحر فهو قريب من الاجارة والله أعلم * وهذه الاحكام

(١) يياض بالأصل

المعظم أن الامر اذا أفضى الى الغرم بعد فرضه غير متعلق بالفاصل وأشار الامام الى جريان الوجهين
سواء قلنا برجوع المشتري على الفاضل بالمهر أو بعدم الرجوع وقال (اذا قلنا) بعدم الرجوع فظاهر
القياس أن لا يطالب وبغيره محتمل (واذا قلنا) بالرجوع فالظاهر المطالبة لاستقرار الضمان عليه ويجوز
أن يقال الرجوع بسبب الفرر فيختص به للفرور وطرد الخلاف في مطالبة الفاضل بالمهر اذا وطئت
بالشبهة واذا تكرر الوطء إما من الفاضل أو من المشتري من الفاضل فان كان في حالة الجهل لم
يجب المهر واحد لان الجهل شبهة واحدة مطردة فأشبه ما اذا وطئ في النكاح الفاسد مراراً وان
كان عالمًا وجب المهر ككونها مستكرهة وعلى قولنا بالوجوب مع طواعيتها فوجهان (أحدهما)
الاكتفاء بمهر واحد كما في حالة الجهل (وأصحهما) وبه أجاب صاحب الكتاب في الصداق حيث
أعاد هذه الصورة في أخوات لها أنه يجب لكل مرة مهر لان الواجب ههنا لاتلاف منفعة البضع
فيتعدد بتعدد الاتلاف لكن قضية هذا الوجه الحكم بالتعدد في صورة الجهل لأن الاتلاف الذي
هو سبب الوجوب حاصل فلا معنى للاحالة على الشبهة وإنما يحصل اعتماد الشبهة حيث لا يجب
المهر لولا الشبهة وذكر هذا المستدرك امام الحرمين وقال هذه لطيفة يقضى منها الديجب وان وطئها
مرة جاهلاً ومرة عالمًا وجب مهران (وقوله) في الكتاب لزمه الحد والمهر لفظ المهر معلم - بالحاء -
لأن عند أبي حنيفة لا يجمع المهر الحد والمشهور من لفظ الخبر أنه نهى عن مهر البغى كما تقدم لا
ما أورده في الكتاب *

كلها جارية في جميع الشجر لافرق بين النخل وغيره وقد استشكل ابن أبي السهم دخول المغرس في بيع الشجر ورأى القول به في غاية البعد من جهة أن الأرض قد تكون كثيرة الشجر فتشتبك عروقها في جميع الأرض فلا يبقى للأرض بياض على ظاهرها لتقارب الأشجار ولا في بطنها لاستتباك العروق وأثبتها يفضي إلى أن يملك المشتري الغراس بشرائه جميع الأرض أو معظمها وأيضا فاما أن يملكه نازلا في طبقات الأرض على مسامحة العروق وفي جهة العلو إلى وجه الأرض على مسامحة العروق ولا نقول إنه يملك من الأرض ما يستر العروق والبحث بها من الأرض والأول ظاهر البطلان لافضائه إلى ملك الأرض بانتشار العروق (والثاني) باطل لانه يؤدي إلى منع مالك من بيع أرضه من غير مالك الغراس لان مالك الغراس قد ملك جملة من أجزائها وهي مجهولة وبيع المجهول باطل هذا أدى إلى فسادة تقريره على فاسد ويلزم عليه أيضا أنه اذا ملك شجرة صغيرة وملك مغرسها فلا شك في صغر المغرس الآن لصغر الشجرة وقلة عروقها فاذا ابتلت الشجرة رسيقت انتشرت عروقها وامتدت إلى مواضع لم تكن ممتدة اليها وقت الشراء ولا بعده باسهر فيؤدي إلى أنه لم يكن مالكا لمواضع من الأرض وكلما امتد عرق شبرا أو فترا في جزء من الأرض ملكه ملكا متجددا وهذا بدع في الشرع لا يصير اليه يحمل انتهى ما قاله ابن أبي السهم وهو بحث جيد * اذا عرفت هذه المقدمة فاذا باع نخلا دخل جريدها وسعفها

قال ﴿ أما الولد فهو رقيق لانسب له ان كان عالما وان كان جاهلا انعقد على الحرية وضمن المشتري قيمته ورجع به على الفاضل اذ الشراء لا يوجب ضمان الولد * وان انفصل الولد ميتا فلا ضمان لأن الحياة لم تتيقن وان سقط ميتا بجناية جان يجب للضمان لانه انفصل مضمونا وقد قدر الشارع حياته وضمانه عشر قيمة الام * وقيل في هذه الصورة يجب أقل الامر من عشر قيمه الام أو الغرة اذا وجب الضمان بسببها فلا يزيد عليها ﴾ *

الضرب الثاني الوطء المحبل سواء وجد من الفاضل أو من المشتري منه فينظر إن كان عالما بالتحريم فالولد رقيق للمالك غير نسيب لكونه زانيا وان انفصل حيا فهو مضمون على الفاضل وان انفصل ميتا بجناية جاف فبدله لسيدته وان انفصل ميتا من غير جناية ففي وجوب الضمان على الفاضل وجهان (أحدهما) وهو ظاهر النص الوجوب لثبوت اليد عليه تبعا لثبوت اليد على الأم ويحكي هذا عن الانعاطي وأبي الطيب بن سلامة واختاره القفال (والثاني) المنع وبه قال أبو اسحق واختاره الشيخ أبو محمد والامام وصاحب التهذيب لأن جنايته غير منتفية وسبب الضمان هلاكه رقيق تحت يده ويجرى الوجهان في حمل البهيمة المفصولة إذا انفصل ميتا وان أوجبنا الضمان فنوجب قيمته يوم الانفصال لو كان حيا في ولد الجارية والبهيمة سواء وخرج الامام وجه آخر في ولد الجارية أنه يضمن

وخصوصها لاختلاف في ذلك (وأما) الطلع فان كان غير مؤبر دخل وان كان مؤبراً لم يدخل للحديث الذي استدل به المصنف وهو يدل على الحكم الثاني بمنطوقه وعلى الأول بمفهومه وكلام المصنف يقتضي أنه جعله مفهوم الشرط وكذلك فهمه صاحب الانتصار ويحتمل أن يكون من مفهوم الصفة فانه جعل التأثير صفة للخل وكذلك جعله الغزالي في المستصفى وغيره من الأصوليين من أمثلة مفهوم الصفة وكلاهما صحيح قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني لنا من الحديث أدلة ثلاثة (أحدها) دليل الخطاب وهو دليل الشافعي رحمه الله تعالى منه وذلك أن الطلع له وصفان مؤبر وغير مؤبر فلما جعله النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان مؤبراً للبائع دل على أن غير المؤبر للمشتري كما نقوله في سائمة الغنم زكاة (والثاني) أن النبي ﷺ قال «من باع نخلاً بعد أن يؤبر فمشتريها للبائع» فجعلها للبائع بالشرط وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها إذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعدم الشرط فمن قال إنها للبائع في الحالين فقد خالف من وجهين (أحدهما) أن النبي صلى الله عليه وسلم جعلها للبائع إذا أبرت بهذا الشرط ولم يجعلها هو له بهذا الشرط (الثاني) أنه أعنى المخالف جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط (والدليل الثالث) من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم إما أن يكون ذكر التأثير بينها على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع

بعشر قيمة الأم تنزيلاً للغاصب منزلة الجاني الذي يترتب على جنايته الاجهاض وان كان الواطئ جاهلاً بالتحريم به فالولد نسيب حر للشبهة وعليه قيمته لذلك الجارية يوم الانفصال ان انفصل حياً لأن التقويم قبله غير ممكن وان انفصل ميتاً فاما أن ينفصل بنفسه أو بجناية (أما) على التقدير الاول فالمشهور أنه لا يلزمه قيمته لانا لا نتيقن بجناية وأن الغاصب أتلفه ويخالف ما لو انفصل رقيقاً ميتاً حالة العلم حيث ذكرنا في وجوب الضمان وجهين لان الرقيق يدخل تحت اليد والغصب فجعل تبعاً للام فيه وفي التهمة حكاية وجه ههنا أيضاً أنه تلزمه القيمة لان الطاهر الحياة (وأما) على التقدير الثاني فعلى الجاني ضمانه لأن الانفصال عقيب الضرب يغلب على الظن أنه كان حياً فمات بفعله وللمالك الضمان على الغاصب بخلاف ما إذا انفصل ميتاً من غير جناية لأنه لا بد له هناك وههنا يقوم له فيقوم عليه وكان حق المالك يتعاقب ببدله كما لو قتل العبد الجاني يتعلق العبد المجنى عليه ببدله ولومات فات حقه ثم الذي يجب على الجاني العرة والذي يجب للمالك عشر قيمة الأم لان الجنين الرقيق به يضمن فان كانت قيمة العرة وعشر قيمة الأم سواء ضمن الغاصب للمالك عشر قيمة الأم وان كانت قيمة الأم أكثر فكذلك والزيادة تستقر له بحق الارث وان نقصت العرة عن العشر فوجهان (أظهرهما) أنه يضمن للمالك تمام العشر لانه لما انفصل منقوماً كان بمثابة ما لو انفصل حياً ولان بدله انما يقصر عن العشر بسبب الحرية الحاصلة بظنه (والثاني) لا يميز الا قدر

وإما أن يكون لتعيين أن غير المؤبر لا يكون للبائع لاسبيل الى الأول لأن المؤبر بائن ظاهر وغير المؤبر
كامن مستتر وما كان مستتر فهو أولى بالتبعية من الطاهر بدليل الحمل فتعين الثاني وهو أن يكون المقصود أن
لا يكون للبائع عند عدم التأبير وذكر الشيخ أبو حامد عن الشافعي من الاستدلال بوجود في الأم فإنه
قال لأن رسول الله ﷺ إذا حد قال «إذا أبر فثمرة للبائع» فقد أخبرنا بأن حكمه إذا لم يؤبر غير
حكمه إذا أبر ولا يكون ما فيه إلا للبائع أو للمشتري لالغيرهما ولا موقوفاً فمن دأع حائطاً لم يؤبر فالثمرة
للمشتري بغير شرط استدلالاً بوجوداً بالسنة وقال قريباً من ذلك في الاملاء أيضاً وقال في المختصر
إذا جعل رسول الله ﷺ الأبار حد الملك للبائع فقد جعل ما قبله حد الملك للمشتري على أن كلام
الشافعي في الأم يحتمل أن يكون جعله من مفهوم الشرط وكلا المفهومين حجة عندنا على أن كلام
الشيخ أبي حامد ومن تبعه يقتضي أنهم لم يريدوا بالوجه الثاني جعله من مفهوم الشرط بل أنه يدل عليه
باللفظ وبه صرح القاضي أبو الطيب وفيه بعد إلا أن يريدوا أن اللفظ دل على كونه شرطاً والمخالف
يقول إنه ليس بشرط فهذا الذي أرادوه والله أعلم وهو بهذا التقدير صحيح ولم يريدوا أن اللفظ يدل
على عدم الحكم عند عدم الشرط ويمكن أن ينزل كلام المصنف على ما ذكره وأن ذلك ليس من
باب المفهوم (وأما) الوجه الثالث الذي ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع إلى المفهوم وهو صالح لأن
يستدل به في كل شرط أو صفة لكن القائلون بالمفهوم منهم من يجعله بمنزلة الملفوظ به وكأنه استقر
في اللغة أنه إذا خص المذكور بالذكر اقتضى هذا قيام قول آخر له يتضمن نفى الحكم عما عداه انتفاء
ظهوراً ومنهم من يجعل المفهوم مستنداً إلى البحث عن طلب فوائد التخصيص فالوجه الأول ما ش
على الطريقة الأولى ولذلك نسب السلالة إلى اللفظ وكلام الشافعي الذي حكيمته يشعر بذلك لكن
الأنباري في شرح البرهان نقل عن الشافعي أن اختياره الثاني والوجه الثاني مستمر على الطريقة
الثانية (وأما) الثاني فقد نهت على مراد الأصحاب به وأنه ليس من باب المفهوم ولعل المصنف جعله من

الغرة ويعبر عنه بأن الواجب أقل الأمرين من العشر والغرة وجهه أن مثبت وجوب الضمان يقومه
عليه فلا يضمن فوق ما يحصل له وإن انفصل ميتاً بجناية الغاصب نفسه لزمه الضمان لأن ما وجد منه
بسبب الضمان إلا أنه لا يستحق على نفسه شيئاً ولو أجبل الغاصب الجارية ومات وخلف أباه ثم انفصل
الجذنين ميتاً بجناية جان فالغرة تكون لجذ الجبين وعن القاضي أنه يضمن للمالك ما كان يضمنه
العاصب لو كان حياً وعنه أنه لو كان مع العاصب أم أم الجنين فورثت سدس الغرة يقطع المطر سنة
وينظر الى عشر قيمة الأم وخمسة أسداس الغرة وكأنها كل الغرة والجوابان يختلفان فرأى الامام اثبات
احتمالين في الصورتين فصار في أحدهما إلى أن من يملك الغرة ينبغي أن يضمن للمالك ويستبعد في

مفهوم الشرط لأنه أقوى عند كثير من أصحابنا من مفهوم الصفة وقال به جماعة من المنكرين لمفهوم الصفة • واعلم أن هذا الاستدلال يتجه عند من يرى المفهوم حجة وهم الأكثرون فقل بمفهوم الصفة الشافعي ومالك وأكثر أصحابنا وأكثر المالكية ونسبه القاضي عبد الوهاب إلى مالك وعمن قال به أبو الحسن الأشعري وأبو بكر بن سريج والقفال هنا وقال ابن سريج بمفهوم الشرط (وأما) الخصم المنكر لكل من المفهومين فلا يمكن الاحتجاج عليه بدفع مخلفيه في الأصل وكذلك بعض أصحابنا ممن أنكروا المفهومين معاً فكيف يمكن التمسك في هذا الفرع به لكن الخصم في الحق غير المؤثرة بالمؤثرة يحتاج إلى قياس ولن يجده ومتى لم يثبت ذلك ولم يقدّم دليل على تبعية غير المؤثرة وجب كونها للمشتري تبعاً للشجرة وكذلك قال بذلك من ينكر المفهوم والقياس كداود (فإن قلت) بل يجب كونها للبائع عملاً بالأصل وبقيائها على ملكه (قلت) لا بد في إدراجها في البيع من قياس أو عرف عند من ينكر القياس واعتضد أصحابنا بما رواه الشافعي رضي الله عنه عن سعيد بن سالم عن ابن جريج أن عطاء أخبره أن رجلاً باع على عهد رسول الله ﷺ حائطاً مشمراً ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكره فلما ثبت البيع اختلفا في الثمر واحتكما فيه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقصى بالتمر للذي لقح النخل - البائع - وهذا من مراسيل عطاء ففيه اعتضاد على أنه ليس أصرح من الأول بكثير فإن قوله - البائع - دليل على أنه أراد بالذي لقح الممهور لا العموم وحينئذ يعود إلى أن ذكر الصفة هل يدل على نفي الحكم عما عداه هذا بحسب دالة الرواية ولم أجد غيرها فيه عميم بحيث أثق بصحته وروى ابن ماجه وعبد الله بن أحمد ابن حنبل في مسنده عن عبادة بن الصامت قال «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بتمر النخل لمن أبرها إلا أن يشترط المبتاع وإن مال المملوك لمن باعه إلا أن يشترط البائع» فاما رواية ابن ماجه ففي سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى وقال ابن معين ليس بثقة فالحديث نسبه ضعيف. من هذا الطريق وذكر القاضي أبو الطيب الحديث الذي ذكره الشافعي رضي الله عنه ولفظه «فجمل الثمر لمن

الثاني تضمين من لم يغصب ولا تفرعت يده على يد العاصب وذكر في التتمة أن الغرة تجب مؤجلة فأنما يغرم العاصب عشر قيمة الام إذا أخذ الغرة والامام توقف فيه هذا ظاهر المذهب في الولد المحكوم بحريته وفيه طريقة أخرى أنه لا ينظر إلى عشر قيمة الام ولكن تعتبر قيمته لو انفصل حياً وينظر إليه وإلى الغرة على التفصيل الذي بيناه وأشار في الوسيط إلى استمداد هذه الطريقة من القول القديم في أن جراح العبد لا يتقدر لأن عشر قيمة الام نوع مقدر لكنه ليس بواضح فإن الخلاف في أن البديل يتقدر أولاً يتقدر في أطراف العبد والفأنت ههنا جملته وليس لهذا البناء ذكر في كتاب الامام لكنه قال الطريقة ملتفتة إلى الخلاف في أن ما يتلف في يد العاصب من أعضاء العبد المغضوب

أبرها» وقال ذكر هذا الحديث أنو اسحق في الشرح وأبو علي الطبري في الحرر ونقله الشيخ أبو حامد عن الساجي قال وهذا نص وليست في هذه الروايات زيادة على رواية مسلم المقدمة إلا أنه ليس في هذا الاستثناء اشتراط من المبتاع فالاولى أن يستدل برواية مسلم وتعليق الحكم فيها بالوصف ودلالته على أن ذلك ^(١) وقال الماوردي روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أشد قول الأعرابي حين حرم عليه بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له

جذدت جني نخلتى طالما * وكان الثمار لمن قد أبرأ

فقال النبي صلى الله عليه وسلم وكان الثمار لمن قد أبر * وكان ذلك منه اثباتا لهذا الحكم كما أنشد قول الأعشى * وهو سر غلب لمن غلب * فقال النبي صلى الله عليه وسلم * وهو سر غلب لمن غلب *

(١) يابض بالاصح
تبييناً لهذا القول وهذه الوجوه ذكرناها على جهة الاستئناس والاعتضاد لأنه يقوم بها بمفردها حجة والحجة ما تقدم وله تمة تأتي في فرع مذاهب العلماء والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ في مذاهب العلماء * وافقنا على دخول الطلع والنفقة بين ما قبل البأير وبعده مالك وأحمد والليث بن سعد وداود بن علي والطبري وقال ابن أبي ليلى يدخل الطلع في بيع النخل بكل حال وقال أبو حنيفة رضى الله عنه والكوفيون والأوزاعي لا يدخل بكل حال مؤبراً كان أو غير مؤبر إلا بالشرط. فاخذ أبو حنيفة رضى الله عنه بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الشافعي رضى الله عنه بالمنطوق والمفهوم معاً ولم يأخذ ابن أبي ليلى بالمنطوق ولا بالمفهوم واحتج من نصر قوله بأنه متصل بأصل الخلقة فاشبهه السقف والأغصان والصوف على ظهر الغنم (وأجاب) أصحابنا رحمهم الله بأن هذه الأشياء إنما دخلت لأنها أجزاء وليست بنماء بدليل أن الحيوان يولد وعليه الصوف والنماء مالا يكون أصلاً (وأما) الثمرة فانها نماء (وردوا) هذا القول بما تقدم من السنة والاستدلال (واحتجت) الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة

بآفة سماوية أو بجنابة غير الغاصب يعتبر في حقه بدله المقدر في حق الجاني أم ينظر الى قدر النقصان بإيجاب العشر في قيمة الام إيجاب المقدر الواجب على الجنابة وعن بعض الأصحاب أن الغاصب يغرم للمالك أكثر الامرين من قيمة الولد والفرقة وضعفه من نقله لأن الفرقة ان كانت أكثر فثبتت الزيادة بسبب الحرية فكيف يستحقها المالك ومن العجب أن صاحب التهذيب أجاب بهذا الوجه في المشتري من الغاصب وجوابه في الغاصب ما تقدم ودعوى الجهل في هذا الضرب كدعواه في الضرب الاول وروى المسموعي خلافاً في قبولها لحرية الولد وان قبلت لدفع الحد كما رواه في استيلاء المرتين ويجب في حالتي العلم والجهل أرش نقصان التجارية وان تقعت بالولادة فان

برزت عن شجرها وبأنها يجوز إفرادها بالعقد فلم تتبع الأصل كالمؤبرة وبالقياس على طلع الفحل وبأنها
نماء لها حال إذا انتهت إليه أخذت فلم تتبع الأصل كلزراع في الأرض وبأن الزرع لا يتبع الأرض في
حالة ظهوره ولا في حالة كونه فكذلك الطلع وبأنه لا يختلف قول من شرط التأبير أنها إذا لم تؤبر
حتى انتهت وصارت بلعاً أو بسراً ثم بيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه قالوا فعلنا أن المعنى في ذكر
التأبير ظهور الثمرة وبأن الطلع لا يتبع في الرهن فكذلك في البيع كالمؤبرة (وأجاب) الأصحاب بعد
التمسك بالحديث عن الأول بمنع كونها برزت عن الأصل فإنها في غلافها (وعن) الثاني
بأننا لانسلم جواز إفرادها بالعقد على رأى أبي إسحق الروزى لأن المقصود مغيب فيما لا يدخر
فيه فهو بمنزلة الجوز في القشره العليا ولئن سلمنا فجواز الافراد لا يدل على عدم التبعية
ألا ترى أن من باع داراً فيها نخلة دخلت النخلة في البيع تبعاً ويجوز إفرادها بالبيع (وعن)
الثالث بأن الصحيح عندنا أن طلع الفحل كطلع الاناث ولو سلم فالفرق ان طلع الاناث المقصود منه
ما في جوفه وطلع الفحل هو المقصود على وجهه (وعن الرابع) بأن الزرع نماء يبرز عن الأصل بخلاف الثمرة
(وعن الخامس) بأن الزرع ليس من أصل الخلقة لذلك لم يتبع بخلاف الثمرة فإنها مستترة
في الشجرة من أصل الخلقة (والجواب) عن السادس أنها قبل التشقق غير ظاهرة لان الثمرة
المقصودة مستترة في الكمام فحيث ظهرت عن الكمام اما بالتأبير أو بغيره كانت للبائع
فمن جعلها للبائع من غير تأبير ولا ظهور كان مخالفاً لما في الحديث ومعناه (وعن السابع) من وجوه
(أحدها) ان الشافعي رضى الله عنه قال في القديم يدخل الطلع في الرهن تبعاً للأصل (والثاني) ان الرهن
لا يزيل الملك والبيع يزيل الملك (والثالث) ان المعنى في المؤبرة انها أخذت شبهها من الولد المنفصل
وشبهها من الجنين فتعارضاً وبقيت على حكم الأصل وهو ملك البائع ولا كذلك الكامنة
(تنبيه) استدلال الاصحاب وقول المصنف رحمه الله ولا نثمر النخل كالحل الى آخره هو من كلام القاضي

تلفت عنده وجب أقصى القيم ودخل فيه نقصان الولادة وأرش البكارة ولو ردها وهي حبلى فماتت
في يد المالك من الولادة ذكر أبو عبد الله انقطاعاً في المطارحات أنه لا شيء عليه في صورة العلم
لان الولد ليس منه حتى يقال ماتت من ولادة ولده وان في صورة الجهل قولين (واعلم) أن لوجوب
الضمان في هذه الصورة مأخذين (أحدهما) أنه أحبل جارية العير اما بالشبهة أو بالزنا وفي كونه سبباً
للضمان ما قدمناه في المرتين (والثاني) أنه يحصل نقصان الحمل تحت اليد وذلك سبب الضمان وان
وجد أثره بعد الرد الى المالك كما لو جنى المعصوب عند العاصب فردّه ثم بيع في يد المالك وأطلق
صاحب التهمة القول بوجوب الضمان لما أخذ الثاني (وقوله) في الكتاب ويضمن المشتري قيمته

أبي الطيب وانذاك الاصحاب قاسوه على الحمل - الشيخ أبو حامد والمأوردى وغيرهم وتقدمت الاحترازا
التي فيه لكن الشافعي رضى الله عنه في الام في هذا الموضع قال وتخالف الثمرة المؤبرة الجنين في ان
لها حصه من الثمن لانه طاهر وليست للجنين لانه غير طاهر ولولا ما جاء عن رسول الله ﷺ في ذلك
لما كان الثمر مثل الجنين في بطن أمه لانه يقدر على قطعه والتفريق بينه وبين شجره ويكون ذلك
مباحا منه والجنين لا يقدر على اخراجه حتى يقدر الله تعالى له ولا يباح لاحد اخراجه وانما جمعنا بينهما
حيث اجتمعا في بعض حكمهما بان السنة جاءت في الثمر لم يؤبر بمعنى الجنين في الاجماع فجمعنا بينهما
خبراً لا قياساً اذ وجدنا حكم السنة في الثمر لم يؤبر حكم الاجماع في جنين الامة وانما مثلنا فيه تمثيلاً
ليفقه من سمعه من غير أن يكون الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتاج الى ان يقاس على شيء
بل الاشياء تكون له تبعاً هذا كلام الشافعي رضى الله عنه وهو يقتضى الفرق بين ثمرة الحمل والاعتماد
في ذلك على الحديث وحده وكادل الاجماع في الحمل على الفرق بين قبل ظهوره وما بعده كذلك
دلت السنة في الثمرة على الفرق بين ما قبل التأخير وما بعده وكلام الشافعي في هذا الموضع صريح
في ان الحمل لا يقابله قسط من الثمن على غير الاصح عند الاصحاب والاصحاب ذكروا في ان الثمرة هل
يقابلها قسط من الثمن طريقين (احدهما) القطع بالمقابلة كما هو نص الشافعي (والثانية) تخريجها على قولين
كالحمل وهي ضعيفة لخالفها النص ورجحها الرافعي في باب الرد بالعيب وقصد الشافعي رضي الله عنه
بذلك تشبيهه قبل ظهوره بالثمرة غير المؤبرة ثم ذكر الفرق بينهما من جهة القدرة على فصل الثمرة
عن الشجرة بخلاف الحمل والاصحاب قاسوا عليه ولم ينظروا الى هذا الفرق وذكروا اعتراضات على

ويرجع بها على العاصب اذ الشراء لا يوجب ضمان الولد والكلام في الرجوع أخرناه إلى الفصل
التالي لهذا الفصل وقد ذكره هناك وفي ذكره هناك غنية عن الذكر ههنا (وقوله) فلا ضمان لان
الجنانية لا تتيقن معل - بالواو - ويحوز أعلام قوله وضمن عشر قيمة الام - بالحاء - لما سيأتي
في موضعه *

﴿ فرع ﴾ في ذخيرة البندنجي لو وطئ العاصب باذن المالك فحيث لا يجب المهر لو لم يأذن
فهنا أولى وحيث نوجبه فقولان محافظة على حرمة البضع وفي قيمة الولد طريقان (أحدهما) أنه علي
الخلاف في المهر (والثاني) القطع بالوجوب لأنه لم يصرح بالاذن في الاحبال *

قال ﴿ ويضمن المشتري (ح) أجرة المنفعة التي فانت تحت يده ومهر المثل عند الوطء
وقيمة انعقاده جراً ويرجع بكل ذلك علي العاصب مهما كان جاهلاً ويفرم قيمة العين اذا تلفت ولا
يرجع * وكذا المتزوج من العاصب لا يرجع بالمهر وهل يرجع المشتري بقيمة منفعة استوفها فيه قولاً

القياس وانفصلوا عنها (اما) الاعتراضات فان المعنى فى الحمل لا يجوز افراده بالعقد فلذلك كان تبعاً وليس كذلك الثمرة لأنه يجوز افرادها بالعقد على رأى ابن أبى هريرة وهو الصحيح عند طائفة وهذا قريب مما قاله الشافعى رضى الله عنه وليس إياه وبأنه لو كان الطلع كالحمل لوجب أن تكون الثمرة للمشتري وان كانت قد ظهرت لأنها متصلة بالأصل وبأنه لا يجوز للبائع استثناء الحمل لنفسه ويجوز له استثناء الطلع لنفسه وانفصلوا عن الأول بأبواب الدار فانه يجوز افرادها بالعقد ومع ذلك تتبع وإنما لم يجوز العقد على الحمل وجاز على الثمرة لأن الحمل جار مجرى أبعاض الأم فلما لم يجوز العقد على أبعاضها لم يجوز على حملها والثمره قبل التأخير تجرى مجرى أغصان الشجرة فلما جاز العقد على أغصانها جاز على ثمرها (وعن الثانى) بأنها إذا كانت كامنة فى الطلع فهى بمنزلة الحمل لأصل لها غيره فأما إذا ظهرت من الطلع فقد أخذت شهما من الولد المنفصل عن الأم لأنها ظاهرة كالولد وأخذت شهما من الجنين لأنها متصلة بالأصل كاتصال الجنين بالأم وليس أحدهما أولى من الآخر فتعارضاً ويقيت الثمرة على مالك البائى كما كانت (وعن الثالث) أنه يجوز للبائع استثناء السقف والأغصان ومع ذلك إذا لم يستثن دخلت فى البيع (فائدة) كلام الشافعى رحمه الله المتقدم كالصريح فى إفادة الاجماع على دخول الحمل فى بيع

الغرور ولو بنى قلع بناء فالأولى أن يرجع بأرش النقص ولو تعيب فى يده نص الشافعى أنه يرجع (ز) لان العقد لا يوجب ضمان الأجزاء بخلاف الجملة وكذا اذا تعيب قبل القبض لم يكن للمشتري الارش ولو اشترى عبداً لجارية ورد الجارية بعيب وبالعبد عيب حادث لزمه قبول العبد أو طلب قيمته وليس له طلب الارش مع العبد ولذلك فرق بين الجزء والجملة *

الفصل الثانى الكلام فيما يرجع به للمشتري على الغاصب إذا غرم ومالا يرجع وسنين فى خلاله ما يغرمه ومالا يغرمه وفى سائر الأيدى المترتبة على يد الغاصب مسائل نشرح ما فى الكتاب منها غيره بالين بما يحتاج اليه من تغيير نظمه ونضيف اليها ما يتفق (الأولى) إذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف ولا يضمن الزيادة التى كانت فى يد الغاصب إن كانت فى يده أكثر قيمة ولا يرجع بما يضمنه علماً كان أو جاهلاً لأن الشراء عقد ضمان وقد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه وان كان الشراء صحيحاً ولك أن تقول إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقر عليه الثمن فهذا مسلم لكن لم يكن شارعاً فيه على أن يضمن القيمة ومعلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوباً لم يلزمه شىء بالتلف فكان الغاصب مفرراً موقعاً إياه فى خطر الضمان فليرجع عليه وان كان المراد غيره فلم قلّم أن الشراء عقد ضمان على تفسير آخر ورر بما انساق هذا الاشكال إلى ما حكى عن صاحب التقریب أنه يرجع من الغرور بما

الأم وقد روى عن محمد بن سيرين وغيره أنهم أجازوا بيع الأمة واستثناء ما في بطنها وليس مجرد ذلك مصادماً للاجماع المذكور ولكن ابن الملعس الظاهري قال عن أصحابهم ان تبعية الحمل للأم قول أكثر العلماء وان النظر يوجب أن يكون الحمل للبائع لأنه غيرها وليس كعضو منها الا أن يمنع من ذلك ما يجب التسليم له فنسبة ابن الملعس ذلك الى أكثر العلماء يشعر بخلاف اذا أنه رأى ذلك من كلامهم ولم يعلم في المسألة اجماعاً ومحل الجزم في دخول الحمل اذا كان مملوكاً لرب الحيوان بشرط أن يكون البيع قد وجد باختياريه قال ابن الرفعة وفي معناه كل تملك جرى بالاختيار من المالك اما بنفسه أو بوكيله وفي معنى ذلك ولي المحجور عليه لصغر أو سفه أو فلس وهل الاستتباع في هذا لأجل رضاه بانتقال الملك في الأم عنه القائم فيه مقامه وكيله أو وليه وكذا عند بيعه عليه قهراً أو لأجل أنه لم ينتقل الملك فيها عنه الا بعوض فيه معنيان تخرج عليهما مسائل ذكرها الامام في باب الخراج بالضمان (منها) لو وهبها حيث لا ثواب وهي حامل لا يتبعها الحمل الجديد كما قال لا والقديم أنه يتبعها كما في البيع ومثلها جار فيما لورهن الجارية الحامل لأنه في المسألتين راض بمخرج الملك في الأولى وبتعلق الحق في الثانية لكن لا بعوض أجرياً أيضاً فيما لورهنها حائلاً فحملت (ومنها) لو خرجت عن ملكه

زاد على قدر الثمن سواء اشتراه رخيصاً في الابتداء أو زادت القيمة بعد الشراء وأنه إذا رجع بما زاد على الثمن لم يلحقه ضرر (الثانية) تعيب المفصوب عند المشتري بمعنى أو شلل أو نحوهما ينظر ان كان بفعل المشتري فيستقر ضمانه عليه وكذا لو أتلّف السكل وان كان بأفة سماوية فقولان (أحدهما) عن تحريم المزني وغيره أنه لا يرجع على الفاسد بضمانه كما لا يرجع بالقيمة عند هلاك السكل تسوية بين الجملة والأجزاء وبهذا أجاب العراقيون بل أكثر الأصحاب (والثاني) وينسب إلى نص الشافعي رضي الله عنه أنه يرجع وقرره ابن سريج بأن العقد يوجب ضمان الجملة ولا يوجب ضمان الأجزاء على الانفراد واحتج عليه بصورتين (إحداها) أنه لو تعيب المبيع قبل القبض لم يكن للمشتري أن يحيز العقد ويطالبه بجزء من الثمن بل اما أن يفسخ أو يحيز بكل الثمن ولو تلف يستقر كل الثمن (والثانية) لو اشترى عبداً بجارة وتقاضاه وجد بائع العبد بالجارية عيباً قديماً فردها وقد تلف العبد فانه يأخذ قيمته ولو لم يتلف وتعيب بعيب حادث لم يكن له طلب الأرش مع العبد بل يقنع به أو يأخذ القيمة • واعلم أن في الصورة الثانية وجهين ذكرناها في فصل الرد بالعيب فلنا صر القول الأول أن يمنع ويقول له استرداد العبد وطلب أرش النقصان واليه ميل الامام (وأما) الصورة الاولى فاتفق المبيع في يد البائع غير مضمون بقيمة بل بالثمن فاذا تلف سقط الثمن واذا تعيب أمكن رده واسترداد جملة الثمن فلا يمكن من طلب الأرش الذي هو تغيير العقد وحط من الثمن وانما يصر اليه عند الضرورة

بعوض لكن لا برضاه كما اذا رد عليه عوضها بعيب وكانت قد حملت في يده أو رجع فيها بآنها عند فلسه وهي حامل وقد كانت حائلا عند ابتياعه لها هل يتبعها الحمل قولان (قلت) قضية المأخذين أن الاب لو رجع في الجارية التي وهبها لابنه وهي حامل ثم حملت أن لا يتبعها الحمل قولاً واحداً لأنه لا عوض ولا رضاء مع ذلك فقد حكى الامام في التبعية قولين قال الامام والفرق أن عقود الاجبار بالعوض تستدعي بعد المبيع عن الغير ولو نفذنا البيع ونحوه على الجارية دون الحمل لجر ذلك عسراً وما يجري من الارتداد فهذا ليس في حكم العقود فجرى الأمر في التبعية على التردد قال ابن الرفعة وحبث نقول الحمل لا يتبع الأم في الرد بالعيب ونحوه طاهر كلامهم أن الرد صحيح لا يمنع منه كما لم يمنع منه افضاؤه في التفريق بين الأم والولد على رأى ولو كان الحمل حين البيع مملوكاً لغير البائع بوصية أو غيرها فلا يندرج الحمل في البيع وهل يصح البيع قال ابن الرفعة يشبه أن يرتب على استثناء الحمل (ان قلنا) يصح فهبنا أولى والا فوجهان قال القاضي حسين في كتاب أمهات الاولاد قال اذا كان متزوجاً بأمة فحملت منه وأوصى له بحملها جاز له أن يشتري الجارية على وجه

فهذا المعنى لم يثبت الارش (الثالثة) منافع المصوب يضمنها المشتري للمالك باجرة مثلها وهل يرجع على الغاصب (أما) ما استوفاه بالسكون والركوب واللبس ففيه قولان وكذا في الرجوع بالمهر اذا غرمه بالوطء (أحدهما) يرجع لأن الغاصب قد غره ولم يشرع على أن يضمن المهر والاجرة (وأصحهما) وهو قوله الجديد وبه قال أبو حنيفة أنه لا يرجع لأن نفعه عاد اليه ولأنه أتلف المنفعة وحوالة الضمان على مباشر الاتلاف أولى وأجرى الخلاف في أرش الافتراض ان كانت بكرة وعدم الرجوع به أظهر لانه بدل جزء منها أتلفه فاشبه ما لو قطع عضواً من أعضائها وفي التهذيب أن الخلاف فيه مبني على أنه يفرد عن المهر أم لا ان أفرد لم يرجع به والارجع (وأما) المنافع التي فأتت تحت يده ولم تستوفها (فان قلنا) يرجع بضمان ما استوفاه فضاها أولى (وان قلنا) لا يرجع هناك فوجهان (أصحهما) الرجوع أيضاً لانه لم يتلف ولا شرع في العقد على أن يضمنها (والثاني) لا يرجع تنزيلاً للتلف تحت يده منزلة الاتلاف (الرابعة) اذا غرم قيمة الولد عند انعقاده حرّاً رجع به علي الغاصب لأنه شرع في العقد على أن يسلم الولد حرّاً من غير غرامة ولم يصدر منه تقويت وعن الاستاذ أبي اسحق الاسفراييني طريقة أخرى في شرح الفروع أن الرجوع بها كالرجوع بالمهر لان نفع حرية الولد تعود اليه (والمشهور) الاول وأرش نقصان الولادة قطع العراقيون بأنه يرجع به وعن غيرهم خلاف قال الامام وسيله سبيل النقصان الحاصل بسائر الآفات السماوية فيجىء فيه ما ذكرناه من الخلاف السابق ولو وهب الجارية للمغصوبة فاستولدها المتهب جاهلاً بالحال وغرمه قيمة الولد ففي الرجوع بها وجهان (وجه) الفرق أن الواهب

يعنى لأنه صار جداً قال ولا خلاف أنه لا يجوز بيعها من غيره ومثل الوجه في بيعها منه إذا أوصى له بحملها المذكور فيما إذا باعها من مالك الحل والله أعلم ﴿قاعدة﴾ العقود التي يملك بها النخل والتمر أربعة أضرب (أحدها) عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصدق والخلع والاجارة كما إذا أجر داره مدة بنخلة مطلقة فهذه العقود تتبعها الثمرة غير المؤبرة ولا تتبعها المؤبرة (الضرب الثاني) ماملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة كما لو باعه نخلاً فاطلعت في يد المشتري ثم أفلس فرجع البائع في عين ماله فهل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعاً له فيه وجهان (أحدهما) عند الروايات التبعية وكما إذا رهن نخلاً فاطلعت فخل الدين والطلع لم يؤبر فبيع المرهون جبراً من غير رضا الراهن هل يدخل الطلع في البيع أم لا فيه وجهان وقطع الروايات هنا بالتبعية لأنه وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن وقد أطلقوا على هذين القسمين أنهما من عقود المعاوضات التي على غير وجه المراضاة وقد يتوقف في اطلاق العقد على الرجوع في الفلاس والأمر في ذلك قريب ومن عد ذلك في عقود المعاوضات أراد به البيع الذي يرتب الرجوع عليه وحكي الجرجاني الوجهين أيضاً في بيع نخيل الفلاس في دينه (الضرب الثالث) عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية هل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعاً له على وجهين ومثل أن يهب نخلاً لولده فيطلع فيرجع في هبته هل يتبع الطلع النخل على وجهين (الصحيح) من المذهب ما قل الماوردي هنا أن الولد لا يرجع الثمرة وعد هذا القسم أيضاً من هذا الضرب اعتباراً بالعقد المبني عليه كاتقدم وعد هذان الوجهان في كل هذه المسائل التي في الضربين قال الشيخ أبو حامد وغيره أصلها مسألة واحدة وهي إذا رهنه نخلاً عليها طلع لم يؤبر هل يدخل في الرهن باطلاق العقد أم على قوانين قال القاضي أبو الطيب قال في الجديد لا يدخل لأن الرهن لا يزيل الملك وكانت يقول في القديم يدخل على طريق البيع ثم رجع عنه في الجديد (الضرب الرابع) ما لم يكن من عقود المعاوضات ولم يكن مأخوذاً على وجه المراضاة كاطلاق قبل الدخول إذا استرجع به نصف المهر وكان قد أصدقها نخلاً لا طلع عليها ثم أطلعت وطلقتها قبل التأخير وقبل الدخول فهنا لا تتبع الثمرة الشجرة ولا ترجع إلى الزوج قولاً واحداً قال الماوردي لا يختلف المذهب فيه وقال الشيخ أبو حامد أنه ليس لنا موضع لا يتبع الطلع قبل الابار الأصل إلا في هذه المسألة يعني قولاً واحداً وتعليله أن الصداق إذا كان زائداً زيادة متصلة غير متميزة كالسمن والكبر والصنعة لا يرجع به وإنما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها فإذا لم يرجع بالزيادة التي لا تتميز فلائ لا يرجع

متبرع والبائع ضامن سلامة الولد له بلا غرامة (الخامسة) إذا بني المشتري أو غرس في الأرض المغصوبة فجاء المالك وقض بناءه وغرسه هل يرجع بأرش النقصان على الغاصب فيه وجهان (أحدهما)

بالطلع أولى فان أراد أن يرجع بنصف النخلة دون الطلع فان له ذلك ويترك الطلع إلى أوان الجذاذ وجعل الماوردي من هذا القسم الوالد إذا رجع فيما وهبه لولده لم يكن للوالد استرجاع الثمرة معه علي الصحيح من المذهب وفهم عنه الروياني القطع بذلك فقال وفي الحاوي وعلى هذا الوالد لا يسترجع في الهبة من الولد غير المؤبرة قولاً واحداً لأنه لا معاوضة ولا تراض *

﴿ فرع ﴾ قل صاحب التلخيص في ما شذ عن أصول السكوفيين يعني الحنفية أنه ان رهن أرضاً أو أقر بها دخلات ائثار يعني عندهم وهذا يرد عليهم في كونهم يقولون لا يدخل في البيع ولا في غيره الا في هاتين المسألتين *

﴿ فرع ﴾ وأما قول المصنف رحمه الله قال الشافعي رحمه الله وما تشق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كاثور فهو كذلك في الأم والمختصر وان لم يكن بلفظه والقياس الجلي ظاهر في ذلك لأن الاعتبار بظهور الثمرة فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج أو تشق بالرياح اللواقع وهو أن يكون فحول النخل في ناحية الصبا فتهب في وقت الابار فان الابار تتأثر بروائح طلع الفحول قال الشيخ أبو حامد بل ظهورها بنفسها أولى قال الشافعي رحمه الله عليه في البويطي الابار في النخل إذا انشق الخلف وبدت الثمرة فهو وقت الابار أبر أو لم يؤثر قال الماوردي وقد يكون من أنواع النخل ما يكون ترك تلقيحه أصح للثمرة ومن كلام الشافعي والبويطي المذكور يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحول في الأنث بعد تشققها لالفس التشق ولا التشقق وهو معنى قول الأصحاب ان وقت التأبير قائم مقام التأبير وان وضع الكش بعد تشقق الثمرة ليس بشرط في سلامة ذلك للبائع والتبعية في المبيع وعدمها منوطة بالتشقق لا بوضع طلع الفحول فيها فيكون ذكر التأبير غالباً والنخل تارة يتشقق بنفسه فيلقح بعد ذلك وتارة يبلغ أوان التشقق ولم يتشقق بعد ويشقق ويفعل ذلك به وقال ابن الرفعة مامعناه أنا إنما اتبعنا المعنى هنا ولم نتبع اللفظ ولا أجر بنا فيه خلافاً لأن المعنى قوى باصل بقاء ملك البائع ولا يعارض ذلك بأن تركه التأبير عند إمكانه كالأعراض فنجعل تابعة لمتقضى مفهوم الحديث لضعف عموم المفهوم وقال ابن عبد البر في التمهيد لم يختلف العلماء أن الحائط إذا تشقق طلع إنائه فاخر إباره وقد أبر غيره من حاله مثل حاله ان حكمه حكم ما أبر لأنه قد جاء عليه وقت الابار وظهرت ثمرته بعد تعيها في الخلف وما ذكره هؤلاء الأئمة هو الممول عليه وقال ابن حزم الظاهري إنه لو ظهرت ثمرة النخل بغير اباو لم يحل اشتراطها أصلاً ومجد جوداً عجيباً فقال لا يجوز في ثمرة النخل

لا كما لا يرجع بما انفق على العمارة وكأنه بالبناء متلف ماله (وأظهرهما) نعم لشروعه في العقد على ظن السلامة وإنما جاء هذا الضرر من تقرير الغاصب وهذا ما ذكره العراقيون وقد ذكرنا طرفاً من المسألة

إلا الاشتراط فقط (وأما) البيع فلا حتى يصير زهواً فإذا هو صار زهواً جاز فيه الاشتراط والبيع مع الأصول ودونها وليس هذا الحكم إلا في النخل المأبور خاصة ولم يطرده في غير النخل من الشجر ولا في النخلة الواحدة والنخلتين وهذا جمود عجيب ينكره الفهم وعدم طرده إياه في النخلة والنخلتين بناء منه على أن النخل اسم جمع ولخالفه أن يقولوا أنه اسم جنس فإن العرب لم تلزمه تاء التأنيث قال الله تعالى (أعجاز نخل منقعر) وإذا كان اسم جنس شمل القليل والكثير كتمر وسائر ما مؤثته بالتاء مما لم تلزمه العرب كالتخم والهم بخلاف الرطب فانهم قالوا فيه هو الرطب كما لم تلزم فيه العرب التأنيث يصح أن يكون اسم جنس والنخل من هذا القبيل والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ دل الحديث على أن الثمرة المؤبرة للبائع الآن يشترط للمبتاع أى كل الثمرة للبائع الآن يشترط المبتاع كلها أو شيئاً منها كالنصف والثالث وأى جزء كان معلوماً فلا تكون كلها للبائع بل على حسب الشرط والعموم فى الأول مأخوذ من الإضافة من قوله فثمرتها والاطلاق فى الثانى مأخوذ من عدم الهاء كما تقدم التنبيه عليه فى لفظ الحديث وبه يقول جمهور العلماء ومنهم أشهب من المالكية وقال مالك وابن القاسم لا يجوز أن يشترط بعضها وكذلك قال مالك وداود وفى مال العبد لا يجوز الآن يشترطه كله أو يدعه كله *

﴿ فرع ﴾ هذا الاشتراط هل حكمه حكم البيع أولاً فقد تقدم كلام الشافعى أنه يقابله قسط من الثمن فذلك يدل على أن حكمه حكم البيع عنده ومشهور مذهب مالك أن الثمرة إذا اشترطها المشتري الأصل أو اشتراها بعد أنها لاحصة لها من الثمن ولو أجيحت كلها كانت من المشتري وتمسك ابن حزم فى أن هذا الاشتراط ليس يبيع بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى ترهى وحمل هذا على عمومها والقائلون بأن الاشتراط بيع يحتاجون إلى تخصيص هذا الحديث أو تأويله على بيعها وحدها *

﴿ فرع ﴾ قال أصحابنا يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع وقال أبو حنيفة رضى الله عنه لا يحصل إلا بعد قطع الثمار وممن صرح بهذا الفرع القاضى حسين وفرقوا بينها وبين الأرض المشغولة بالزراعة على وجه أن منفعة الشجرة نافهة *

﴿ فرع ﴾ فاما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الإطلاق تكون للمشتري فلو اشترطها البائع فلا خلاف فى الجواز وإن اختلفوا فى جواز أفرادها فى البيع فإن ذلك بيع حقيقى وهذا استجد فى صرح قاضى أبو الطيب قال فى كتاب العرف مذكور جاز لان صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة فى نخله

فى الضمان وذكر فى التهذيب أن القياس أن لا يرجع على الغاصب بما أنفق على العمارة وما أدى من خراج الأرض لانه شرع فى الشراء على أن يضمها (السادسة) لو زوج الغاصب الجارية للمغصوبة

حين باعها اياه اذا كان استثنائها على ان يقطعها فان استثنى علي ان يقرها فلاخير في البيع لانه باعه ثمرة لم يبدصلاحها على ان تكون مفردة الى وقت قد تأتى عليها الآفة قبله قال القاضي أبو الطيب وهذا الكلام يقتضى ان من باع نخلا قبل التأبير واستثنى الثمرة لنفسه لم يحز الا بشرط القطع وليس يقول هذا أحد من أصحابنا لانه يجوز ان يشترط مطلقا وانما شرط القطع في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها (قلت) قد قال به بعض الاصحاب تخريجا على ان المشرف على الزوال هل يجعل كالزائل فان الثمرة بالبيع قد أشرفت على زوالها عن البائع وبالاستثناء كأنها رجعت اليه فاشبهت الداخلة في ملكه ابتداء فلذلك شرط شرط قلعها والوجهان مشهوران في طريقة المرازقة حكاهما القاضي حسين وغيره وجعلوا هذه قاعدة ان ما أشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل وخرجوا على ذلك مسائل (منها) اذا باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح كالمو باعها ثم استأجرها او لا يصح فيه الوجهان فان قلنا هناك يصح فنهنا يجب القطع في الحال وان قلنا هناك لا يصح فنهنا يصح ولكن لا يجب القطع في الحال هكذا قال القاضي حسين (ومنها) اذا جنى المدرجناية تستغرق قيمته ثم مات السيد ولم يخلف غيره ففداه الورثة حكمنا بنفوذ العتق وفي الولا قولان (ان قلنا) للمشرف كالزائل العائد فالولاء للورثة والا فللمتوفى ومنهم من يقول نص الشافعى على ما اذا باع الشجرة مطلقا ثم اشترى من المشتري الطلع فانه يجوز بشرط القطع هكذا قال القاضي حسين وغيره ومن جزم بظاهر النص الماوردى على ما حكى الرويانى عنه لكن أكثر العراقيين جازمون بانكار ذلك وان ما نقل عن كتاب الصرف خطأ في النقل لان حرمة نقل اذا كان اشتراها على ان يقطعها فان اشتراها على ان يقرها فلاخير في البيع فوقع الخطأ في النقل من قوله اشترى الى قوله استثنى ووافقه القفال على هذا والقاضى حسين أيضا صحح خلاف ظاهر النص وحمله تأويله انه أراد به اذا باع النخل قبل التأبير فكانت الاصول والثمره للمشتري ثم اشترى البائع الثمرة منه قبل بدو الصلاح لم يحز الشراء الا بشرط القطع ولكننا نعود الى الكلام في ذلك عند بيع الثمار (واما) الحديث فليس فيه تعرض لتلك نعم قديقال اذا كان مقتضاه ان يكون المشتري فينبغى اذا شرطت للبائع لا يصح كالحمل كما لا يصح استثناءؤه لا يصح ههنا فواجه جزم الاصحاب بصحته ونظرهم بعد ذلك في انه هل يشترط شرط القطع أم لا (والجواب) عن هذا انها ليست كالحمل من كل وجه كما تقدم وقد تقدم خلاف في جواز افرادها بالبيع فان قلنا به فلا اشكال في جواز استثنائها وان قلنا بقول ابى اسحق المروزى وهوانه لا يجوز افرادها بالبيع فذلك لان المقصود فيها مغيب ولا يلزم من ذلك ان لا يجوز استثناءؤها فانه لا يشترط في المستثنى ما يشترط في المبيع وقال المالكية ان شرطها البائع لم يحز وكان المشتري باعها قبل بدو صلاحها *

فوطئها الزوج جاهلا غرم مهر المثل للمالك ولا يرجع به على الغاصب لانه شرع فيه على أن يضمن

﴿ فرع ﴾ اذا قلنا بانه اذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطع فاطلق قال الامام دل كلام الأئمة ان الاستثناء باطل والثمره للمشتري قال وهذا مشكل جدا وان صرف الثمرة اليه مع التصريح باستثنائه محال عندي فالوجه عد الاستثناء المطلق شرطا فاسدا منفسدا للعقد في الاشجار ويكون كاستثناء الحمل وهذا الذي ذكره الامام هو الذي جزم به الماوردي وانه يفسد البيع تفريعا على هذا القول ولم يذكر غير ذلك وذكر الماوردي أيضا تفريعا عليه انه لو استثنى نصف الثمرة فسد العقد لتعذر اشتراط القطع *

﴿ فرع ﴾ اذا بقيت الثمار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء قال الامام فان لم نشترط التقييد يعني بشرط القطع رأينا الابقاء وان شرطنا اوجبنا الوفاء ولا خلاف ان الثمار المؤبرة اذا بقيت ولم يبد الصلاح فيها لا يستحق عليه قطعها وان كان يشترط في صحة بيعها اذا افردت شرط قطعها (قلت) لانها لم تشرف على الزوال فان العقد المطلق والحالة هذه لا يقتضى دخولها بخلاف ما قبل التأخير وكيف ما قدر فظاهر المذهب انه لا يشترط في الاستثناء شرط القطع والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردي انه لو استثنى البائع نصف الثمرة بطل العقد لتعذر اشتراط القطع به وهذا منه بناء على أمرين (أحدهما) وجوب اشتراط القطع (والاصح) خلافه وقد تقدم الكلام فيه قريبا (والثاني) أن امتناع القطع مبنى على منع القسمة وسيأتى الكلام فيه في بيع نصف الثمرة شائعاً قبل بدو الصلاح والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قد علمت أن هذه المؤبرة عند الاطلاق للمشتري فلو تلفت في يد البائع قبل القبض ثبت للمشتري الخيار ان شاء فسخ البيع لتلف بعض المبيع قبل القبض وان شاء أجاز في الاصول بجميع الثمن أو بحصته على القولين في تفريق الصفقة وليس كما إذا قطعت يد العبد فانه إن أجاز يميز بجميع الثمن قولاً واحداً على المشهور لأن الثمن لا يتقسط على الاطراف ويتقسط على الثمرة كما تقدم من نص الشافعي رضي الله عنه وعن صرح بهذه المسألة القاضي أبو الطيب والحاملي والرويانى وكذلك لو كانت مؤبرة واشترطها المشتري لنفسه ثم تلفت وعن البويطى قول آخر فى مسألة العبد أنه يأخذه بحصته من الثمن وعن القاضي أبى حامد أن هذا لا يصح على مذهب الشافعي رضي الله عنه ومن أصحابنا من خرج تلف الثمرة غير المؤبرة على القولين في أن الحمل هل يقابل بقسط من الثمن وهو مردود لنص الشافعي رضي الله عنه على خلافه *

المهر ويخالف ما اذا غر بجرية أمة وغرم المهر حيث يرجع على الغار على أحد القولين لان النكاح ثم صحيح والبضع مملوك له فاذا فسخ اقتضى الفسخ استرداد ما بذل له وههنا النكاح باطل وإنما غرم لاتلافه

﴿ فرع ﴾ باع نخلة مطلقة ولم يقل للمشتري انها مؤبرة ولم يعلم المشتري بتأثيرها ثم علم كان الخيار قاله الشافعي رضى الله عنه والأصحاب - القاضى أبو الطيب والرويانى والمتولى - وعلاؤه بأن له بقاء الثمرة ربما أضر بالشجرة فى سنة أخرى فان من الاشجار ما يحمل سنة ولا يحمل سنة أو يقل فى سنة ويكثر فى سنة وأيضاً فانه يحتاج الى الدخول فى ملكه وربما يتأذى به قال ابن الرفعة ولا يقدح ذلك فى البيع قولاً واحداً وإن قدح فى الزرع على وجه لان هذه المنفعة تافهة بخلاف منفعة الأرض *

﴿ فرع ﴾ بيع الطلع فى قشره مفرداً مقطوعاً على الأرض أو على النخل بشرط القطع فيه وجهان (قال) أبو اسحق لا يصح لان المقصود من الطلع ما فى نفسه وهو مستور بما لا مصلحة فيه (وقال) ابن أبى هريرة يصح لأن الجميع مأكول والمأكول اذا استتر بعضه ببعض جاز بيعه والأول أصح عند المحاملى وصاحب العدة والشيخ أبى حامد فيما نقل عنه والثانى أصح عند الشيخ أبى حامد والماوردى والقاضى الطبرى والرويانى والجرجانى وقال الامام إن معظم الاصحاب ذهبوا اليه وإن صاحب التقریب حكى فيه قولين وبناهما على بيع الحنطة فى سنبليها ونقل ابن الصباغ عن أبى حامد أنه اختار قول أبى اسحق ثم المجوزون لذلك انما يجوزونه بشرط القطع اذا كان على النخل كما دل عليه كلام ابن الصباغ والرويانى وغيرها وهو ظاهر والمسألة مذكورة فى الكتاب فى باب النهي عن بيع الغرر وشرحها النووى هناك ولا خلاف أن وقت التأثير لا يكون لوجود التأثير قال صاحب التتمة كما أن الاعتبار بولادة الجارية لا بوقت الولادة وسيأتى فى كلام الامام ما قد يتوهم منه خلاف ذلك ونذكر تأويله هناك إن شاء الله تعالى وقال ابن الرفعة اذا شق الطلع قبل أوان تشققه فهو للمشتري وإن شقق فى أوانه فهو للبائع وإن لم يتشقق بنفسه ولا شقق فى أوانه فهل يكون للبائع إفاضة لوقت التشقق مقام التشقق أولاً فيه نظر واحتمال (قلت) وهذا الاحتمال باطل والحكم كما مر مع الطهور وجوداً وعدمًا *

﴿ فرع ﴾ قال الشيخ أبو محمد إذا أبر الطلع وحكنا ببقائه للبائع فجرم الحكم للمشتري فانه يترك على النخلة نقله عنه فى النهاية وجزم به فى الروضة نقلاً عن البسيط عند الكلام فيما يدخل تحت اسم الشجرة *

منفعة البضع حتى لو كان المعرور بمن لا يحل له نكاح الأمة لم يثبت له الرجوع بالمهر لبطلان النكاح ولو استخدمها الزوج وغرم الاجرة لم يرجع على العاصب لانه لم يسلطه على الاستخدام بخلاف الوطء ويرجع بغرم المنافع التالية تحت يده لانه ما استوفاه ولا شرع على أنه يضمها والقول فى قيمتها لو تلفت

﴿ فرع ﴾ باع نخلة لم يخرج طلوعها فانه يخرج طلوعها علي ملك المشتري فلو استثناه البائع بطل البيع قاله الخوارزمي في الكافي *

﴿ فرع ﴾ لو شرط غير المؤبرة للمشتري قال في التتمة كان تأكيذاً ولك ان تقول يصير كشرط الحمل اذا صرح به وفيه خلاف وسيأتي نظيره فيما اذا باع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح قالوا فيها يصح وسيأتي البحث المذكور فيها وهو هنا أقوى لان المؤبرة التي لم يبد صلاحها يجوز بيعها بمفردها قولاً واحداً ولكن يشترط فيه شرط القطع وغير المؤبرة لنا في بيعها مفردة خلاف فمن يقول بعدم الصحة يوجب الحاقها بالحمل فاذا صرح بدخولها كان كما لو صرح بدخول الحمل وفيه خلاف (والاصح) عند الرافعي بطلانه والله أعلم *

﴿ فرعان ﴾ ذكرهما ابو العباس بن سريج وقلهما الشيخ أبو حامد في تعليقه عنده (احدهما) اشترى نخلة فأعرت في يد البائع فالثمرة للمشتري ولا يكون شيء من الثمن مقابلاً لها وهي امانة في يد البائع فان سلمها استقر البيع في النخلة وخرجت الثمرة من امانته وان تلفت انفسخ البيع في النخلة وعليه رد ثمنها ولا شيء عليه لأجل الثمرة وان تلفت الثمرة سلم النخلة وأخذ جميع الثمن وان سلمت الثمرة وتلفت النخلة سقط جميع الثمن عن المشتري وأخذ الثمرة ولا شيء للبائع (الثاني) اشترى أرضاً عليها نخيل مؤبرة واشترط كل ذلك وكانت قيمة الجميع متساوية فحدثت ثمرة أخرى قبل ان يتسلمها فالثمرة الحادثة في ملك المشتري فان أكل البائع الثمرتين جميعاً كان عاصياً فيهما وعليه بدل الثمرة الخارجة ان كان أكلها رطباً فثمنه وان كان أكلها تمرًا فثمنه واما الخارجة فالمشتري بالخيار لاجلها فان فسخ البيع رجع بجميع الثمن وان اجاز فعلى القولين في جناية البائع (ان قلنا) كآفة السماوية اجاز في الأرض والنخل بحصتهما من الثمن (وان قلنا) كالأجنبي اعطاه جميع الثمن ثم غرمه بدل الثمرة والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ العزالي رحمه الله تعالى في المستصفي من المكربين لهذا المفهوم ولكنه في كتبه الخلافية كالتحضير بالغ في اثبات ذلك وتقريره وان عرف العرب في الاستعمال افهم اموراتكاد تزيد فوائدها على موجب الأوصاف وان الاشكال في المسكوت عنه والبقاء على النفي الاصل في فيه انما كان قبل التخصيص أما بعد التخصيص ارتفع

في يده قد تقدم فان غرمها رجع بها قال الأئمة والضابط في هذه المسائل أن ينظر فيما غرمه من ترتبت يده على يد الغاصب عن جهل ان شرع فيه على أن يضمه لم يرجع به وان شرع على أنه لا يضمه فان لم يستوف ما يقابله رجع به وان استوفاه ففيه قولان وعلى هذا ولو كان المعصوب شاة فنتجت في يد المشتري أو شجرة فأثمرت فأكل فائدها وغرمها للمالك ففي الرجوع بما غرم الغاصب قولان

الاشكال وصار ذلك معلوماً بدليل من جهة الشرع والسرى الفرق بين هذه المفهومات وبين مفهوم القرب حيث لم يكن حجة على المختار أن التخصيص هو الطريق المستعمل عرفاً للنفي والاثبات بطريق الإيجاز ومعنى التخصيص إيقاع الخصوص بقطع بعض الجملة عن الجملة إما أن تتمثل في الذكر بقوله من باع نخلة فإنها تتناول المؤبر وغير المؤبر فإذا استدرك وقال بعد أن تؤبر كان ذلك تخصيصاً وقطعاً عن جملة وأما أن تتمثل في الوهم بأن يكون ذكر أحد القسمين مذكراً للآخر المقطوع عنه بالضرورة كقوله الثيب أحق فانه قطع عن البكر إذ الثيابة والبكرة صفتان يتقاطعان على التعاقب وضعت كل واحدة منهما لفصل قسم عن قسم والعلف أيضاً كذلك مع إثبات الثيابة بذكر الثيابة والسوم بالضرورة واليوم في قوله (وأتموا الصيام إلى الليل) والتأثير في البكرة والعلف والليل والاستتار وليس في إثبات البر في الزعفران والأدوية والفواكه وغيرها أولاً اتصال بين البر وغيره حتى يكون ذكره قطعاً لذلك الاتصال نعم قد يدل على التخصيص بقرينة تنضم إلى الذكر القاصر فاما مجرد الذكر فلا يدل والتخصيص دليل بالوضع العرفي فلا يخرج عن كونه دليلاً لإلزامه فيلدرك التفاوت بين الرتبين وهذا الذي ذكره الغزالي رحمه الله من نفيس الكلام لمن أنصف من نفسه وفهم بذوقه الفرق بين الرتبين فيعلم بهذا الكلام السبب في ذلك (أما) من لم يشهد ذوقه للفرقة قال فهو جدير بأن لا يكلم ومراده بالعرف عرف المحاورة في كلام العرب لا عرف طارىء بعدهم وهذا السر هو الموجب لكوننا لم نقل بمفهوم قوله (فإن خفتم أن لا يقيا حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ومفهوم قوله **عَلَيْكُمْ** «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذنها فنكاحها باطل» (أما) الأول فلا أن الخلع لا يتفق إلا في حالة الشقاق ويستحيل بحكم العادة وقوعه في حالة المصافاة وما لا يقع عرفاً فليس من غرض الشرع بيانه فقد استوعب الشارع كل محل الحاجة ولم يقع البعض عن البعض وذكره للحقوق ذكره لمحل الحاجة إلى البيان وهو كل محل الحاجة (وأما) الحديث فلا أن المرأة إما أن تفوض أمرها للولي لحياثها أو تستقل لزوال حياثها (أما) المباشرة باذن الولي فلا تقع في العادة فلم يكن من محل البيان في غرضه والله أعلم *

كلهم وإن هلك تحت يده فالحكم كما في المنافع التي لم يستوفها ذكره في التهمة وكذا القول في الاكساب وإن انفصل الولد ميتاً فالظاهر أنه لا ضمان وكذا إذا انفصل ميتاً في يد الغاصب ولو استرضع المشتري الجارية في ولده أو ولد غيره غرم أجره مثلاً وفي الرجوع قولان كلهم ويفرم المشتري الابن وإن انصرف إلى سخلتها وعاد نفعه إلى المالك كما لو غصب علفاً وأعلف به بهيمة ماله له لكن قال صاحب التهذيب وجب أن يرجع به على الغاصب لأنه لم يشرع فيه على أنه يصمنه ولا عاد نفعه إليه ولو أجز العين المغصوبة غرم المستأجر أجره المثل للمالك ولم يرجع بها على الغاصب لأنه شرع فيه على

﴿فائدة أخرى﴾ في التأثير عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال «أبصر النبي صلى الله عليه وسلم الناس يلقحون الذخل فقال ما للناس قالوا يلقحون فقل للقاح أولاً أدري اللقاح شيئاً فقال فتركوا اللقاح فخرج تمر الناس شيئاً فقال النبي صلى الله عليه وسلم ماشأه قالوا كنت نهيت عن اللقاح فقال ما أنا بزارع ولا صاحب نخل لققحوا» أورد أبو بكر محمد بن موسى الحازمي هذا الحديث في كتابه الناسخ والمنسوخ لتضمنه النهي عن اللقاح ثم الاذن فيه ونقل عن بعضهم أن قوله للقاح صيغة تدل على النهي وأن للشارع أن يتحكم في أفعال العباد كيف أراد ولهذا قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم كنت نهيت عن اللقاح ولم ينكر عليهم ومال الحازمي إلى أن ذلك ليس بحكم شرعي ولقوله في رواية أخرى «إنما ظننت طناً فلا تؤاخذوني بالطن ولكن إذا حدثكم عن الله تعالى شيئاً فخذوا به فإني إن أكذب على الله» ثم قال الحازمي وعلى الجملة الحديث يحتمل كلا المذهبين ولذلك أبقينا يعني في الناسخ والمنسوخ * قال المصنف رحمه الله تعالى *

(١) بياض بالاصل

﴿وان باع فخالا وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان أحدهما أنه لا يدخل في بيع الأصل لأن جميع الطلع مقصود ما كؤل وهو ظاهر فلم يتبع الأصل كالتين والثاني أنه يدخل في بيع الأصل وهو الصحيح لأنه طلع لم يتشقق فدخل في بيع الأصل كقطع الأنث وما قاله الأول لا يصح لأن المقصود مافيه وهو الكش الذي يلقح به الأنث وهو غير ظاهر فدخل في بيع الأصل كقطع الأنث﴾ *
 ﴿الشرح﴾ الفحال بضم الفاء وحاء مهملة مشددة وآخره لام ذكر النخل وقال ابن فارس الفحال فحل النخل وهو ماكان من ذكره فخلاً لأناته قال ابن قتيبة وهو فحل النخل ولا يقال فحل (١) ولذلك اعترض معترض على الشافعي رضي الله عنه فإن الشافعي قال وان كان فيها فحول فقال هذا المعترض إن هذا خطأ لأنه لا يقال في النخل فحل ولا في جمعه فحول وإنما يقال فحال وجمعه فحاحيل وأجاب الأصحاب بأن كل واحد منهما جائز في اللغة وقد ورد به الشعر * قال الشاعر
 تأبدي ياخيرة العسل * بأبدي من جيد فلي * إذضن أهل النخل بالفعول
 والكش بضم الكاف وبالشين المعجمة هو مافى بطون طلع الفحال الذي يلقح بها طلع الأنث

أن يضمها ويسترد الأجرة للسماء ولو أعارها رجع المستعير بما غرم للمنافع التي فانت تحت يده وفي الرجوع بما غرم للمنافع التي استوفاه القولان وكذا غرم الأجزاء الثالثة بالاستعمال * واعلم أن كل مالو غرمه المشتري يرجع به على الغاصب فلو طوب به الغاصب وغرمه لم يرجع به على المشتري وكل مالو غرمه المشتري ولم يرجع به على الغاصب لم يرجع به على المشتري وكذا الحكم فيمن غير المشتري ممن ترتبت يده على يد الغاصب (وقوله) في الكتاب ويرجع بكل ذلك على الغاصب جواب في المهر

(أما) الأحكام فقال أصحاب تبعاً للشافعي إذا كان في النخل فحول فاما أن تفرد الفحول بالبيع واما أن يبيعها معاً فان أفرد الفحول بالبيع فاما أن يكون قد تشقق شيء من طاعها أولاً فان تشقق شيء من طاعها فالثمرة للبائع بلا شبهة وان لم يكن تشقق شيء من طاعها (فأحد) الوجهين أنه للمشتري هو الصحيح وقال المصنف في التنبيه والشبه أبو حامد في تعليقه أنه المنصوص وادعى بعضهم أنه ليس في المسألة نص (ومن أصحابنا) من قال للبائع مستدلاً بأن ظهور طلع الفحل بذلة تشقق طلع الأنث لأنه ليس له ثمرة غيره بخلاف طلع الاث فان المقصود ما في جوفه فاذا لم يظهر بالتشقق يكون المشتري وهذا أصح عند الماوردي والجرجاني في التحرير ورد لأصحاب ذلك بأن المقصود من طلع الفحل ليس هو الاكل بل الكش الذي يلقح به وهو غير ظاهر فهو كالاناث في التشقق سواء قال الماوردي هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في طلع الاناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق أو قياس تقريب قال بعضهم قياس تحقيق فعلى هذا لا يصير طلع الفحل مؤبراً إلا بالتشقق وقال آخرون بل قياس تقريب اعتباراً بالعرف فعلى هذا يصير طلع الفحل مؤبراً اعتباراً بالعرف اه ولو كان قد تشقق شيء من طلع الاناث وأفرد المذكور بالبيع وهي غير مؤبرة ففيها وجهان كل وجهين الآتين فيما اذا أفرد مالم يؤثر بالبيع قاله الفوراني وأما اذا جمع في العقدين الفحول والاناث فان كان قد تشقق شيء من طلع الاناث فطلع الكل للبائع على الوجهين اتفاقاً (أما) على الصحيح فلأن الكل كطلع الاناث وأما على الوجه الآخر فان طلع الاناث تشقق وطلع الفحل له بكل حال وقد جزموا على الصحيح ههنا ان طلع الفحول يتبع طلع الاناث وكان ينبغي أن يأتي فيها وجه بأن طلع الفحل للمشتري بناء على أن أحد النوعين لا يستتبع الآخر كما سنحكيه عن القاضي حسين والامام في القسم الآخر لغير المتشقق فيه فهو كجنس آخر وهذا الكلام منه كالصريح بمر يان الخلاف وقال الجوزي اذا كان فيها فحول فقد اختلف أصحابنا فقال أبو حفص انما جعلت الفحول تابعة لأنها للأقل فالنادر يدخل في الغالب ولأن الغرض من طلع الفحل أكله غالباً فاستوى المؤبر منه وغيره وقال غيره اذا تشقق شيء من الاث فباق الحائط وذكره وأناؤه

المعروف عند الوطاء بقول الرجوع وقد مر أن أصح القولين ومذهب أبي حنيفة منع الرجوع فيجوز أن يعلّم ما ذكره - بالخاء والواو - لذلك أيضاً فلطريقة المروية في قيمة الولد (وقوله) فيرجع للمشتري بقيمة منفعة استوفاهما يدخل فيه منفعة البضع المستوفاة بالوطء كما يدخل سائر المنافع وإجراؤه على إطلاقه ممكن ففي جميع ذلك قولان كما سبق لسكن الأشبه أنه أراد ماسوى منفعة البضع وأما إذا وطئ وغرم المهر وقد ذكره مرة وحكم فيه بالرجوع على العاصب (وقوله) فيه قولاً الغرور أي ومباشرة الاتلافات علي مامر في تقديم الطعام المغصوب فحذف أحد الطرفين * واعلم قوله في نقل

تبع له واذا تشق شيء من الذكور فسائر ما بقي من الذكور والاناث تابع فهذا الكلام يقتضي أن أبا حفص وهو ابن الوكيل هو القائل بأن طلع الفحل للبائع بكل حال وأنه علل تبعيتها للاناث عند الاجتماع بهذه العلة وبعلة أخرى وهي المذرة غير أن التعليل بالذور انما يتم على ما هو المعهود غالباً فلو فرض كثرة الفحول زالت هذه العلة وان لم يتشقق شيء منها أصلاً لأن طلع الاناث ولا من طلع الفحول فعلى الصحيح الكل للمشتري وعلى الوجه الآخر طلع الاناث للمشتري والفحل للبائع وقال القاضى حسين على هذا الوجه فيه وجهان كما في طلع الاناث اذا كان من صنفين وتشقق البعض دون البعض وجمع بينهما في العقد وكذلك الامام جعل تبعية الاناث للذكور كاستتباع النوع النوع وكذلك حكى الوجهين وقال ان الأصح أن طلع الاناث لا يتبع طلع الفحول وان كان طلع الفحول يتبع طلع الاناث وقال للمتولى انه على هذا الوجه يكون الفحول والاناث كالجنسين فلا يجعل الاناث تبعاً لها وان كان قد تشقق شيء من طلع الفحول فقط فعلى الصحيح الطالع كله للبائع وحكى في الحاوى وجهها وصححه ان طلع الاناث لا يتبع طلع الذكور وان كان طلع الذكور يتبع طلع الاناث لأن مقصود الثمار طلع الاناث وطلع الذكور يقصد لمليحه لالفسه وهذا الوجه هو الذى يدل عليه نص الشافعى رضى الله عنه كما سأبينه قريباً ان شاء الله تعالى فعلى هذا يكون حكمه كما سيأتى على الوجه الآخر وعلى الوجه الآخر طلع الفحول للبائع بالظهور وطلع الاناث للمشتري وينبغي أن يأتي فيه وجه أن طلع الاناث أيضاً للبائع بناء على ان أحد النوعين يستتبع الآخر على قياس ما حكاه القاضى حسين الا أن يتمسك بما تقدم عن صاحب التتمة أن الذكور مع الانث على هذا الوجه كالجنسين وهو بعيد واعلم ان عبارة المختصر وان كان فيها فحول بعد أن تؤبر الاناث فتمرتها للبائع وظاهر هذه العبارة اذا باع الفحول والاناث جميعاً وقد أبرت الانث فالكمل للبائع وهى الصورة التى حكينا الاتفاق فيها على ذلك وأبدينا فيها احتمال وجه وعبارة الشافعى فى الأم ومن باع أصل فحل فحل فحل أو فحول بعد أن تؤبر اناث النخل فتمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع وهذا يشبه عبارة

النص فى التعيب أنه يرجع - بالزاي - إشارة الى تخريج المزني (وقوله) فليس له طلب الارش يجوز اعلامه - بالواو - (وقوله) فذلك فرق بين الجملة والجزء هكذا هو فى بعض النسخ وفى بعضها وكذلك فرق أى الشافعى رضى الله عنه وهما صحيحان *

قال ﴿ وتقصان الولادة لا يجبر ﴾ (ح) بالولد فان الولد زيادة جديدة ﴿

اذا انتقصت الجارية بالولادة وكان الولد رقيقاً فى قيمته ببعض نقصانها أو بكاه لم يجبر به النقصان بل الولد له ويأخذ الارش خلافاً لأبي حنيفة * لنا أن الولد زيادة تحدث على ملكه ألا ترى أنه يسلم

المختصر الا ان اطلاق عبارة الام تصدق على ما اذا باع الاصل وحده بعد تأييد الأناث وهذا لا يستمر
 الا على الوجه القائل بأنه اذا أفرد مالم يؤبر يجوز اذا كان تأبر شيء من غير نوعه من ذلك الجنس
 ومفهوما يقتضى انه اذا باع الفحل قبل التأييد يكون طلعته للمشتري كما ادعى المصنف فى التنبيه أنه
 المنصوص وفى ظاهره اشكال لانه يشمل ما اذا تأبر هو قبل تأييد أن الأناث ولا يمكن القول بأن ذلك
 للمشتري فلذلك عبارة المختصر آيين ثم قال الشافعى فى الام ومن باع نخلا قبل ان تؤبر اناث النخل
 فالثمرة للمشتري وهذا النص يقتضى أن ثمرة الأناث لا تتبع ثمرة الفحول على خلاف ما قدمناه عن
 الأصحاب أنه اذا تشققت شيء من طلع الفحول يكون الطلع كله للبائع على الصحيح ويشهد الاحتمال
 الذى ابديته فيه هذان كان قول الشافعى نخلا بالنون والخاء المعجمة وان كان بالقاء والخاء المهملة فاشد
 فانه حينئذ يقتضى أن الفحال اذا أفرد بالبيع وقد أبر ولم تؤبر الأناث أن طلعته للمشتري ولا قائل بذلك
 نعلمه من الأصحاب وانما جوزت هذا الاحتمال فى لفظ الشافعى لأنه أتى به فى مقابلة من باع فحلا
 بعد أن يؤبر الأناث فقسيمه من باع فحلا قبل ان يؤبر وان كان ذلك ليس بلازم والله سبحانه وتعالى
 وأعلم يؤيد ما قلته ان الشافعى قال أيضا فى المختصر ولو تشققت طلع أناته أو شيء منه فهو فى معنى ما أبر
 نخله فمفهوم هذا أنه لا يكتفى فى ذلك بتشقق طلع المذكور (فائدة) أطلق المصنف الوجهين فى هذا
 الكتاب ولم ينسب شيئا منهما الى النص وكذلك فعل القاضى أبو الطيب وفى التنبيه قال وقيل ان
 ثمرة الفحال للبائع بكل حال وهو خلاف النص وكذلك فعل الشيخ أبو حامد فهذا احد المواضع
 التى يؤخذ منها ما اشتهر على السنة الفقهاء أن التنبيه مأخوذ من طريقة الشيخ أبي حامد والمذهب من
 طريقة القاضى أبي الطيب وذلك غير مستمر فسيأتى فى تقسيم الشجر تبع الشيخ أباحامد ولم يتبع
 ابا الطيب لكن ذلك فى صنعة التصنيف لافى النقل وفى ذلك للموضع يأتى كلام فى مخالفته أباحامد
 أو موافقته والظاهر عندى أنه لم يلزم متابعة طريقة واحدة فى كتاب منهما نعم ان كان ذلك فى الأكثر
 فربما ويترك ذلك فى بعض الاوقات لما يترجح عنده ولم أفهم من نص الشافعى فى الفحال الا

له وان لم يكن فى الام نقصان وماله لا يجبر نقصان ملكه ولو ماتت الام من الولادة والولد واف
 بقيتها فلم فيه اختلاف وقد فرغنا من شرح كتاب الغصب ونختمه بمسائل مشورة (منها) أسند خشبة
 تعب بحملها الى جدار يستريح ان كان الجدار لغيره ولم يأذن فى اسناده اليه فهو متعد يضمن الجدار
 ان وقع باسناده اليه ويضمن ما تلعب بوقوعه عليه وان وقعت الخشبة وأتلفت شيئا ضمن ان وقعت
 فى الحال وان وقعت بعد ساعة لم يضمن وان كان الجدار له أو لغيره وقد أذن فى اسناده اليه
 فكذلك يفرق بين أن تقع الخشبة فى الحال أو بعد ساعة تشبيهها بفتح رأس الزق (ومنها) غصب داراً

ماحكيتنه عن الام والمختصر فيحتمل أن يكون الشيخ أبو حامد والمصنف وقفا على نص آخر أصرح منهما ويحتمل أنهما أخذه من ذلك والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردي إذا أخذ طلع الفحال جاز بيعه في قشره لأنه من مصلحته وكان أبو اسحق يمنع من بيعه حتى يصير بارزاً قال وليس هذا بصحيح ونسب الامام الأول إلى معظم أصحابنا وذكر عن صاحب التقریب أنه ذكر في ذلك قولين وأنه بناهما على بيع الخنطة في سنبلها قال الامام وهذا مقدر حسن ﴿ فائدة أخرى ﴾ ادعى بعضهم أنه ليس في خصوص مسألة الفحال نص للشافعي وأنه لا يمكن أخذه من إطلاقه أن الأبار حد لملك البائع لأن الأبار عبارة عن إصلاح طلع الأنث بعد تشققه أو شققه بالكش الذي في طلع الفحال فلا أبار في الفحال فلا دخول له في هذا ولا يمكن حمل كلامه في التنبيه في قوله وهو خلاف النص على نص الحديث لأن الحديث إنما يحمل على التأثير اللغوي وهو إنما يكون للأنث على ما سبق وجعل التشقق في معناه حكم شرعي من الحاق الفقهاء بالنصوص عليه فهو بكلام الشافعي أولى *

﴿ فرع ﴾ باع فحلاً لا طلع عليه ثم أطلع قبل لزوم العقد قال في الاستقصاء (فإن قلنا) إنه كطلع الأنث فهو للمشتري (وان قلنا) إنه كالمؤبرة وقلنا أنه يملك بالعقد أو موقوف فهو أيضاً للمشتري (وان قلنا) أنه لا يملك إلا بالعقد وانقضاء الخيار فهو للبائع لأنه حدث والمبيع على ملكه *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وان باع حائطاً أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر فيكون الجميع للبائع لأننا لو قلنا ان ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي فجعل ما لم يؤبر تبعاً للمؤبر لأن الباطن يتبع الظاهر ولم يجعل ما أبر تابعاً لما لم يؤبر لأن الظاهر لا يتبع الباطن ولهذا جعلنا أساس الدار تابعاً لظاهرها في تصحيح البيع ولم نجعل ظاهرها تابعاً للباطن في إفساد البيع ﴾ *

ونقضها وأتلف النقص ضمن النقص وما نقص من قيمة العرصة وحكى الشيخ أبو حامد وجهين في أنه يضمن أجرة مثلها دلاً إلى وقت الرد وإلى وقت النقص (ومنها) غصب شاة وأُزِي عليها فحلا فالولد للغاصب ولا شيء عليه للأنثاء لنهاية عليه السلام عن عسيب الفحل فان انتقص غرم الارش ولك أن تقول للمغصوب منه ولو غصب فحلا وأنزاه على شاته فالولد مغصوب منه وجب أن يخرج وجوب شيء للأنثاء على الخلاف في جواز الاستئجار (ومنها) غصب جارية ناهدا فتدلى نهداها أو عبدا شابا فشاخ أو أمردا فالتجى غرم النقصان وعن أبي حنيفة أنه لا يضمن في الأمرد ولو غصب خشبة واتخذ منها أبواباً وسمرها بمسامير من عنده نزع المسامير وان انتقصت الأبواب بذلك ضمن

(الشرح) الحائط وهو البستان من النخيل^(١) (أما) الاحكام ففي هذه الجملة مسألتان (الاولى) إذا باع حائطاً أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر وجعل مالم يؤبر تابعاً لما أبر (أما) إذا كان نوعاً واحداً فاتفق عليه الأصحاب تبعاً للشافعي رضي الله عنه واستدلوا هم وغيرهم لذلك بأن تأثير البعض يحصل للنخل اسم التأثير فيشملة قوله صلى الله عليه وسلم «من باع نخلاً قد أبرت» قال ابن عبد البر وأصل الابار أن يكون في شيء منه الابار فيقع عليه اسم أنه قد أبر كما لو بدا صلاح شيء منه وفيما ذكره من إطلاق اسم التأثير على الجميع بتأثير بعضها توقف لا يخفى لاسيما على مايقوله أصحابنا أنه يكفي تأثير نخلة واحدة في البستان بل طلعة واحدة ويصير الباقي تبعاً فدعوى إطلاق التأثير على الجميع حقيقة في غاية البعد وقد وقع في كلام ابن حزم ما يقتضي أن لفظ الحديث وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع وهذا لو ثبت كان صريحاً في المطلوب لكني لم أجده في شيء من ألفاظ الحديث التي وقفت عليها وإنما فيها كلها جعل التأثير صفة للنخل المبيعة وحقيقة ذلك أن يكون في الجميع واللفظ الذي ذكره ابن حزم لم يذكره بأسناد بل أتى به في ضمن استدلال فالعله لم يثبت فيه نعم لا يشترط أن يوجد التأثير في كل طلع النخلة بل متى وجد في شيء منها صح أنها أبرت فيكون جميع ثمرتها للبائع وإن كان بعضها غير مؤبرة استدلالاً بالحديث ويعضد الأصحاب وغيرهم فيما اتفقوا عليه من الاكتفاء بتأثير البعض أن العادة لم تجر بتأثير جميع النخل بل يكتفون بتأثير بعضها واستدل أبو اسحق المروزي لذلك بما ذكره المصنف وزاده المصنف بالاستشهاد بأساس الدار وهو جواب عن سؤال مقدر أورده الشيخ أبو حامد والمواردي وغيرهما وأجابوا عنه وهو أنه هل لأجل ما أبر تابعاً لما لم يؤبر في دخوله في البيع وأجابوا بأنه استقر في الشرع أن الباطن تبع للظاهر وليس الظاهر تبعاً للباطن فإن ما بطن من أساس الحائط ورؤس الاجذاع تبع لما ظهر في جواز البيع وأيضاً فإنه كان يلزم منه مخالفة منطوق الحديث ولك أن تقول على الاول ان الحكم بتبعية الأساس أمر ضروري لصحة البيع ولا كذلك الثمار ألا ترى أنه لو شرط أن تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشتري اتبع شرطه فأنها لو كانت كلها مؤبرة

(١) يياض بالاصل

الأرض ولو بذلها ففي اجبار الغصوب منه على قبولها وجهان ذكرناهما في نظائرها (ومنها) غصب ثوباً ونجسه أو نجس عنده لم يكن له تطهيره ولا للمالك أن يكلفه التطهير ولو غسله وانتقصت قيمته ضمن النقصان ولورده نجساً فمؤبر التطهير على الغاصب وكذا أرض النقصان اللازم منه وتنجيس المائع الذي لا يمكن تطهيره اهلاكاً وتنجيس الدهن يذني على امكان غسله ان جوزناه فهو كالثوب (ومنها) قال في التتمة لو غصب من الغاصب فابراً للمالك الأول عن ضمان الغصب صح الابراء لأنه مطالب بقيمته فهو كدين عليه وإن ملكه الغصوب رضى وانقاب الغمان على الثاني حقاً له وإن باعه من غاصب

وشرط بعضها اتباع شرطه وسوء المشاركة موجود فكانها رضيا به وأورداه العقد عليه وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح كثير من العقود المقتضية للمشاركة واستدلوا أيضاً بأن بدو الصلاح في بعضها بمنزلة بدو الصلاح في جميعها فكذلك التأخير ولك أن تجيب بأن المعنى في الاصل أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح في جميعها أدى إلى أن لا يصح بيعها بحال فانه إلى أن يتكامل فيها يتساقط الاول فيؤدي إلى فساد الثمرة وتأذى مالكها وليس هذا المعنى موجوداً هنا والله أعلم وفي كلام الشافعي في الام إشارة إلى الدليلين اللذين استدل بهما الأصحاب (وأما) إذا كان الحائض أنواعاً فالمذهب أيضاً أن ما لم يؤبر تابع لما أبرق الشافعي قال إذا بيعت رقبة الحائض وقد أبرق من نخلة فثمرة تلك النخل في عامه ذلك للبائع ولو كان منه ما لم يؤبر ولم يطلع لأن حكم ثمرة ذلك النخل في عامه ذلك حكم واحد كما يكون إذا بدا صلاحه ولم يؤبر قال صاحب التتمة ويخالف الجارية الحامل بولدين وضعت أحدهما ثم باعها قبل وضع الآخر لا يجعل تبعاً للمولود على ظاهر المذهب لان الولد بعد الانفصال ليس له تعلق بالام فيفرد كل واحد بحكمه والطلع بعد التأخير متصل بالشجرة هذا الفرق ذكره صاحب التتمة في النخلة الواحدة يكون بعض طلعها مؤبراً وبعضها غير مؤبر فأما إذا كان بعض النخيل مؤبراً وبعضها غير مؤبر ففرق بينه وبين الأغنام يبيعها وقد نتج بعضها يبقى نتاجها للبائع والتي لم تنتج يدخل حكمها في العقد لان نتاج الاغنام لا ينفق في وقت واحد بخلاف النوع الواحد من النخيل وقال أبو علي بن خيران لا يكون تأخيراً إلا في نوعه لأن الأنواع يختلف ادراكها وتتفاوت والنوع الواحد لا يتفاوت ورد الأصحاب عليه بما ذكره المصنف ومن وافق الأصحاب على ذلك أبو علي بن أبي هريرة لكنه شرط في ذلك ان يكون اطلع حتى يكون في حكم المؤبر وان اختلف النوع (أما) ما ظهر من الطلع بعد البيع فقال بانه للمشتري لانه ظهر في ملكه وغلطوه في ذلك بالنص الذي قدمته عن الشافعي آنفاً وحكمه بأن ثمرة ذلك العام للبائع ولو كان فيه ما لم يؤبر ولم يطلع وهذا نص صريح وقول ابن أبي هريرة هذا صححه الماوردي وسيأتي في كلام المصنف وأما ذكرته هنا لتعلقه به فانه ينظم به فيما اذا باع نخلاً وفيه ثمرة مؤبرة ثلاثة أوجه (أحدها) وهو المذهب ان ثمرة جميع ذلك العام للبائع (والثاني) قول ابن خيران ليس للبائع

الغاصب أو وهبه منه وأذن له في القبض بربى الاول وان أودعه من الثاني وقلنا انه يصير أمانة في يده بربى الاول أيضاً فان رهنه من الثاني لم يبرأ واحد منهما عن الضمان (ومنها) لورد للغصوب الى المالك أو الى وكيله أو وليه بربى من الضمان ولورد الدابة الى اصطبله قال في التتمة يبرأ أيضاً اذا علم المالك به أو أخبره من يعتمد خبره وقيل ان لم يعلم ويخبر لا يبرأ فان امتنع المالك من الاسترداد رفع الامر الى

الامؤبرو (الثالث) قول ابن أبي هريرة ان للبائع المؤبرو المطلعة غير المؤبرة عند البيع والمشتري ما أطلع بعد البيع والله أعلم ولم يقل أحد من الأصحاب بأفراد المؤبر بحكمه ومذهب مالك رحمه الله أنه اذا أبرأ أكثر الحائض فهو للبائع حتى يشترطه للمبتاع وان كان المؤبر أقله فكله للمبتاع واضطررنا اذا أبر نصفه قال ابن عبد البر والأظهر من المذهب انه للمبتاع الا أن يكون النصف مفردا فيكون للبائع *

﴿ فرع ﴾ هذا كله فيما اذا باع الجميع أما اذا أفرد غير المؤبر بالبيع فسيأتى ذلك في كلام المصنف رحمه الله تعالى ان شاء الله تعالى (المسئلة الثانية) اذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الأخرى وباعهما فان المؤبر للبائع ومالم يؤبر للمشتري ولا يتبع أحدهما الآخر لما ذكره المصنف هذا هو الصحيح المشهور الذى جزم به القاضى أبو الطيب والماوردى الرويانى كما فرقنا فى الشفعة بين ما قسم وبين ما لم يقسم وقاسه الشيخ أبو حامد أيضا على بدو الصلاح فان بدو الصلاح فى أحد الحائطين لا يستتبع الآخر وفيه وجه آخر ان البستانين يتبع الآخر وجعل الرافعى الخلاف فى البستانين مرتب على البستان الواحد فحيث قلنا فى البستان الواحد أن كل واحد من المؤبر وغير المؤبر يفرد بحكمه فهنا أولى وحيث قلنا بان غير المؤبر يتبع فهنا وجهان (أصحهما) إن كان بستان يفرد حكمه والفرق أن لاختلاف التبع تأثير فى وقت التأبير فاقتضى كلام الرافعى رحمه الله جريان الخلاف فى البستانين فى صور (إحداها) عند اتحاد النوع

الحاكم (ومنها) عن القفال وغيره ان المالك لو أبرأ غاصب الغاصب عن الضمان برىء الأول لان القرار على الثانى والأول كالضامن وهذا ان فرض بعد تلف المال فهو بين واما قبله فليخرج على صحة ابراء الغاصب مع بقاء المال فى يده وفيه خلاف مذكور فى كتاب الرهن *

﴿ حديث ﴾ أبى طلحة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عندى خمور أيتام قال أرقها قال ألا أخللها قال لا: تقدم فى الرهن *

﴿ حديث ﴾ النهى عن عصب الفحل تقدم فى باب البيوع المنهى عنها *

﴿ قوله ﴾ فى أثر عن الصحابة أن فى عين الفرس والبقرة الربع سعيد بن منصور عن ابن عليه عن أيوب عن أبى قلابة أن عمر قضى فى عين الدابة ربع قيمتها ورواه البيهقى وقال هذا منقطع قال وروى عن عمر أنه كتب به إلى شريح ووصله جابر الجعفى عن الشعبي عن شريح عن عمر وجابر ضعيف ورواه الدمياطى فى كتاب الخيل من حديث عروة البارقي قال كانت لى أفراس فيها خلل مشتراه عشرون ألف درهم ففقأ عينه دهقان فأثبت عمر فكتب إلى سعد بن أبى وقاص أن خير الدهقان بين أن يعطيه عشرين ألف درهم ويأخذ الفرس وبين أن يأخذ ربع الثمن الحديث وإسناده قوى وروى الطبرانى فى الكبير من حديث زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى عين الفرس ربع ثمنه وفى إسناده أبو أمية بن يعلى وهو ضعيف *

والصفة (والثانية) عند اختلاف النوع على المذهب (والثالثة) عند تعدد الصفة إذا أفرد البستان الذى لم يؤثر بالبيع فانه يكون كما لو أفرد غير المؤثر فى البستان الواحد ولنا فيه خلاف سياتى الأصح أنه لا يتبع فعلى الوجه الآخر مقتضى كلام الرافعى أن يأتى فى البستانين خلاف إذا أفرد غير المؤثر بالبيع وكلام المصنف يقتضى على الصورتين الأولتين ما اقتضاه كلام الرافعى من جريان خلاف عند اتحاد النوع والصفة موجود لغيره فان القاضى حسين حكي عنه فى ذلك وجهين وأما عند اختلاف النوع فغريب وقد جزم صاحب التتمة فيه بعدم التبعية وجعل محل الوجهين فيما إذا كان الصنف واحداً فأما إذا أفرد البستان الذى لم يؤثر بالبيع فأغرب لم أره لغير الرافعى لكنه يشبه ما ذكره الأصحاب فى بدو الصلاح والفرق واضح من جهة أن المطلوب يبدو المصالح أمنها من العاهة وقد يقال أنه حاصل بدخول وقته وإن لم تشمله صفة والمطلوب تأثير أن يكون المبيع أو بعضه بارزاً وهو مفقود ههنا قل الرافعى وغيره ولا فرق بين أن يكون البستانان مثلاً صنفين أو متباعدين قل ابن الرفعة يشترط أن يكونا فى إقليم واحد بل فى مكان طبعه واحد وما ذكره صحيح مأخوذ من كلام الشافعى رضى الله عنه وعليه يحمل كلام الرافعى وغيره ثم اعلم أن المراد بالخائطين ما يكون أحدهما مشمراً غير الآخر ولا يشترط أن يكون محوطاً فان صاحب البيان ذكر المسألة فيما إذا كان له حائطان فيهما نخيل أو قطعتان من الأرض فيهما نخيل لكن ينبغى أن يضبط ذلك بضابط فان قطعتى الأرض المتجاورتين كالأرض الواحدة التى لها جانبان وجعل التأثير فى أحد الجانبين دون الآخر ثم باع الجميع فان مالم يؤثر تابع لما أبر فاذا كان الأرضان غير متجاورتين كانا لذلك فينبغى أن يضبط ذلك بأن يكون بينهما نوع من التمييز حتى يعدا فى العرف مكانين ولا يعدان مكاناً واحداً وأسباب ذلك إما حاجز بينهما وأما غير ذلك مما هو معلوم فى العرف فان من الأراضى ما هى قطعة متجاورة وبحكم أهل العرف بأنها أراضى لأرض واحدة لنوع من التمييز بينهما (وأما) القطعة الواحدة إذا أبر جانب منها دون جانب ثم باع الجميع حصلت التبعية لأن صاحب الحاوي قال ^(١) وقال الشيخ أبو حامد انه لا يشترط الحاجز وإنما يعتبر أن يصدق عليهما اسم الانفراد وهو إشارة إلى ما قلناه *

(١) يياض بالاصل

﴿ كتاب الشفعة * وفيه ثلاثة أبواب ﴾

﴿ الباب الأول فى أركان الاستحقاق ﴾

قال ﴿ وهى ثلاثة المأخوذ والآخذ والمأخوذ منه (الأول المأخوذ) وهو كل عقار ثابت منقسم * احترزنا بالعقار عن المنقول فلا شفعة فيه عن الشريك لحقة الضر فيه ﴾ *

﴿ كتاب الشفعة ﴾

﴿فرع﴾ هذا الحكم المذكور من أول الفصل إلى هنا أن المؤبر لا يتبع النخلة المبيعة وغير المؤبر يتبع لافرق فيه بين أن يكون المبيع الخيل دون البستان أرمعه وهذا وإن كان من الواضحات فإن صاحب العدة صرح به فذكرته تبعاً له ورغبة في الايضاح والله سبحانه أعلم •

• قال المصنف رحمه الله •

﴿وان كان له حائط أطعم بعضه دون بعض فابر الماطع ثم باع الحائط ثم أطعم الباقي ففيه وجهان قال أبو علي بن أبي هريرة ما أطعم في ملك المشتري لا يتبع المؤبر بل يكون المشتري لانه حادث في ملكه فلا يصير للبائع والثاني أنه يتبع المؤبر فيكون للبائع لانه من ثمرة عامه فجعل تابعا له كالطاعم المظهر في حال العقد فان أبر بعض الحائط دون بعض ثم أفرد الذي لم يؤبر بالبيع ففي طامه وجهان أحدهما أنه للبائع لأننا جعلناه في الحكم كالمؤبر بدليل أنه لو باع الجميع كان للبائع فصار كما لو أفرد بعض للمؤبر بالبائع والثاني أنه للمشتري لانه إنما جعل كالمؤبر إذا بع معه فيصير تابعا له فاما إذا أفرده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله •﴾

﴿اشرح﴾ فيه مسألتان (المسألة الأولى) إذا باع جميع نخل البستان وقد أبر بعضها وبعضها لم يطعم بعد فاطلع بعد البيع في ذلك المشتري فلا اشكال في أن المؤبر للبائع وأن ما كان وقت العقد مطعماً غير مؤبر تابع له فيكون للبائع أيضاً (أما) ما أطلع بعد ذلك فاف كان من طلع العام المستقبل فهو للمشتري وليس محل الوجهين نبه عليه الماوردي وهو ظاهر من كلام المصنف وإن كان من طلع ذلك العام ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابن أبي هريرة وادعي الماوردي أنه الاصح وتبعه ابن أبي عسرون أني ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر بل يكون للمشتري كحدوثه في ملكه وقد صحح ابن الصباغ أيضاً هذا الوجه عند الكلام في اختلاط ثمرة النخلة المبيعة بثمره البائع (والثاني) وهو قول أبي حامد الأسفراييني وقال انه المذهب انه يتبع فيكون للبائع خوفاً من سوء المشاركة كما ناجعلنا لمؤبر تبعاً لما أبرخوفاً من سوء المشاركة ووافق أبا حامد على تصحيح هذا الوجه جماعة منهم الزافعي وقرق الماوردي منتصراً لقول ابن أبي هريرة بأن لم يؤبر يصح العقد عليه ويلزم فيه بالشرط فجاز أن يصير تبعاً لمقداسئناه

الشفعة مأخوذة من قولك شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعا به كأن الشفع يجعل نصيبه شفعا بنصيب صاحبه يقال أصل الحكمة التقوية والاعانة ومنه الشفاعة والشفيع لأن كل واحد من الوترين يقوى بالآخر ومنه شاة شائع التي معها ولدها لتقويها به وفسرت في الشريعة بحق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الحادث وفيه مجال لمضايقات (منها) أن الشركة مأخوذة في هذا التفسير ولو كان كذلك لما انتظم قولنا هل تثبت الشفعة للجار أم لا والأصل في الشفعة الأخبار التي نوردناها متفرقة في

العقد قال ولو كان التعليل المذكور صحيحاً كان بيع الم يخلق تبعاً لما خاق كما يجوز بيع مالم يبد صلاحه تبعاً لما بدا صلاحه قال وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله وفساد تعليله يعني أبا حامد (قلت) وقد تقدم أن قول ابن أبي هريرة الذي انتصر له الماوردى مخلف لنص الشافعي الصريح ويمكن التمسك للنص بظاهر الحديث فانه حكم بأن ثمرة النخل المؤثرة للبائع وثمرتها تشمل ما كان مَطْلَعاً حين العقد ومالم يكن خرجنا عنه في ثمرة العام المستقبل بدليل فيذنبى فيما عداه على ظاهر العموم إلا أن يقال ان قوله فثمرتها لا يشمل إلا الثمرة الموجودة وهى المطلعة وليس بعيد لكن سوء المشاركة حاصل والحاجة داعية إلى ذلك وما ألزم به الماوردى من بيع مالم يخلق تبعاً لما خلق فانما يلزم لو كان كلياً يشترط في البيع يشترط في الاستثناء (وقوله) ان مالم يؤثر يصح العقد عليه فرعه على رأيه ورأى غيره وقد تقدم عن أبي إسحاق أنه لا يصح بيعه وهو الاصح عند الحاملى وغيره فعلى هذا لا يصح الفرق المذكور وفي التهمة ذكر نظير لهذه المسألة استنبط هذا الوجه منها وهى جارية المكاتب إذا أنت بولد من أحدها قبل الكتابة والآخر بعدها قال نص أن الولدين للسيد فاستنبط منها هذا الوجه ووجه في الجارية إذا كانت حبلى بولدين فوضعت أحدهما ثم باعها فاولد الذى فى البطن يبقى للبائع على ظاهر النص على ما قاله الامام ورأى أن الصواب خلافه وأن الولد الثانى للمشتري وعن الخضرى أنه كان يحكى فى ذلك قولين (أحدهما) مانسب إلى النص (والثانى) ما رأى الامام أنه الصواب قال ابن الرفعة ولو كان الخارج بعض الولد ولم ينفصل كله إلا بعد البيع فستعرف فى باب الجنائيات وغيره أن المرجح فى المذهب أن حكمه حكم مالم ينفصل منه شيء وفيه وجه أن حكمه حكم المنفصل فعلى هذا يكون للبائع وعلى الأول يذنبى أن يقطع فى هذه الحالة بتقابلته بجزء من الثمن لأنه قد علم وجوده ثم قال الامام فى الحلة الاولى ثم اذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع فى الأم على ظاهر المذهب قال ابن الرفعة أو يصح على ظاهر المذهب لأن هذا شبيه ببيع الجارية الحامل بحر من حيث ان البائع لم يستثنه وانما الشرع استثناه وقد اختلف قوله يعنى الامام فى أن المرجح فيه الصحة أو البطلان (قلت) وتخريج على بيع الجارية الحامل بحر حسن متعين وحكمه والتصحيح فيه معلوم

الباب وكل ما يدل على مسألة فى باب يدل على ثبوت أصل ذلك الباب واحتج بعضهم بالاجماع لكنه نقل عن جابر بن زيد من التابعين وغيرهم إنكار أصل الشفعة واذا علمت أن لحق الشفعة ثبوتاً ذهب ذهنك إلى البحث عن أنه لم يثبت وأنه كيف يؤخذ الشقص وأنه يستمر أو يسقط وبم يسقطان سقط وهذه الأمور الثلاثة هى ابواب الكتاب الثلاثة (إما) أنه بما يثبت فاعلم أن سبب ثبوت الشفعة يتركب من أمور (منها) ما يرجع إلى الملك المأخوذ (ومنها) ما يرجع إلى الآخذ (ومنها) ما يرجع إلى الذى يؤخذ منه وسمى

في موضعه ولقد تعجبت من صاحب البيان فانه قال ان القول بان أماطلع للمشتري لم يذكر الشيخ أبو حامد غيره والموجود في تعليقه والمنقول عنه خلاف ذلك (المسألة الثانية) اذا أبر بعض الحائط دون بعض فافرد المؤبر بالبيع فلا اشكال في أن ثمرته للبائع وان أفرد الذي لم يؤبر بالبيع ففيه وجهان كما ذكر المصنف نقلاً وتعليلاً ومن حكاهما القاضي أبو الطيب (وقوله) فصاركاً لو أفرد بعض المؤبر بالبيع يعني اذا ثبت بهذا البيع حكم التأبير صار كالمؤبر فاذا افرده بالبيع صار كالمؤبر لو أفرد المؤبر بالبيع ونظير المسألة اذا بدا الصلاح في بعض الحائط فافرد بالعقد الثمرة التي لم يبد صلاحها فيها ففي صحته وجهان كالوجهين (والصحيح) أن الطلع للمشتري ومن صححه صاحب البيان وقال امام الحرمين ان القائل بأن غير المؤبر هنا يتبع للمؤبر يقول ان وقت التأبير كالنأبير نفسه وهذا الكلام من الامام قد يوهم ان من الاصحاب من يقول ان وقت التأبير كالنأبير نفسه وكذلك كلام الغزالي يقتضي ذلك وقد يوهم ذلك أن هذا القائل يكتب في بحضور الوقت أن يحصل تأبير أصلاً ولم أعلم من قال بذلك وانما مراد الامام ومن أطلق العبارة اذا حصل تأبير في غير المبيع ولم يحصل في المبيع وقد تقدم في ذلك كلام وجهم الفوراني بأنه إذا افرد النوع الذي لم يؤبر بالبيع انه ليس حكمه حكم المؤبر فيمكن أن يكون محل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف وغيره فيما إذا أفرد ما لم يؤبر من نوع واحد ويمكن أن يكونا مطلقاً بناء على ان التأبير في احد النوعين تأبير في الآخر وقد صرح صاحب التتمة بذكر الوجهين فيما إذا أفرد الصنف الذي ليس بمؤبر على طريقة من يرى تبعية النوع للنوع وهو المذهب فيصح ابقاء الوجهين في كلام المصنف على اطلاقهما *

* قال المصنف رحمه الله *

قال الشافعي رحمه الله والكسوف اذا بيع أصله كالنخل وأراد به كسوف الحجاز فانه شجر يحمل في كل سنة وتخرج ثمرته في كام وتنشق عنه كالنخل فان باع وقد تشقق جوزه فهو للبائع وان لم يتشقق فهو للمعتري وان تشقق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل وأماما لا يحمل الاسنة وهو قطن العراق وخراسان فهو كالزروع ويحییء حكمه ان شاء الله تعالى *

صاحب الكتاب هذه الثلاثة ثلاثة أركان الاستحقاق لتعلقه بها وتركب سببه من الأمور معتبرة فيها فقال (الباب الأول) في أركان الاستحقاق (الركن الأول) المأخوذ فاعتبر فيه ثلاثة شروط (أحدها) أن يكون عقاراً قال الاصحاب والاعيان ثلاثة أضرب (أحدها) المقولات فلا شفعة فيها سواء بيعت وحدها أو مع الأرض وعن مالك ثلاث روايات (أحدها) إثبات الشفعة في كل منقول باع أحد الشفيعين نصيبه منه (والثانية) إثباتها في السفن خاصة (والثالث) أنها إن بيعت وحدها فلا شفعة فيها وان بيعت

﴿الشرح﴾ الكرسف بضم الكاف وسكون الراء وضم السين المهملة بعدها فاء القطن ويقال له الكرسف والبرسف وهو على نوعين منه ما يبقى في الارض سنين ويحمل كل سنة مثل كرسف الحجاز واين وتهامة والشام والبصرة قال المحاملي والبلاد الحارة فهو شجر شبيه بالنخل ويتشقق الجوز فيؤخذ القطن منه ويترك القشر على الشجر كما يترك كأم الطلع على الشجر وقيل ان بعضهم شاهده يحمل في السنة ثلاث مرات ويعضد عليه كما بعضد على الشجر وقد عدده الاصحاب مع النرجس والبنفسج والمصنف أفردته بالذكر وهو أولى فان فيهما وجها كما سيأتي بالخاقهما بالذرع وأما الكرسف المذكور فلا نعلم خلافا في الحاقه بالنخل علي أن من الامثلة المذكورة مع النرجس والبنفسج ما لا خلاف فيه أيضا ولكن الكرسف كانه أشبه بالشجر منه فلذلك أفردته بالذكر وكذلك الشافعي رضي الله عنه أفردته بالذكر قال والكرسف اذا بيع أصله كالنخل قال الاصحاب في هذا النوع من الكرسف انه اذا باع الأرض كان تابعاً لها وان أفردته بالبيع جاز مطلقاً ولا يشترط شرط القطع واذا باعه مفرداً أومع الأرض أو باع الأرض فدخل في بيعها ولكن فيه جواز فان كان قد تشقق منه شيء كان الكل للبائع الآن يشترط المشتري وان لم يتشقق منه شيء فالكل للمبتاع الا أن يشترط البائع كثرة النخل سواء فالتشقق هنا بمنزلة التأخير في النخل وكلام المصنف مصرح بانه لو تشقق بعضه كان الجميع للبائع والاصحاب مساعدون له على ذلك ومن جملتهم صاحب التهذيب وافق في ان الكرسف في ذلك كالنخل وسيأتي كلامه فيما سوى ذلك من الورد وغيره

مع الأرض ففيها الشفعة كيلا تتفرق الصفقة على المشتري * لنا قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» ^(١) وبما روى أنه عليه السلام «قضى بالشفعة في كل ما لا يقسم ربع أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» ^(٢) وروى

(١) ﴿حديث﴾ جابر إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة البخاري بهذا من طريق أبي سلمة عنه ولمسلم نحوه بهناه من طريق أبي الزبير عن جابر وقال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه عندي ان من قوله إذا وقعت إلى آخره من قول جابر والمرفوع منه إلى قوله لم يقسم واعله الطحاوي بأن الحفاظ من أصحاب مالك أرسلوه ورد عليه بأنها ليست بعلقة قاذحة وسيأتي الكلام عليه بعد حديث آخر *

(٢) ﴿حديث﴾ أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شرك أربعة أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وإن شاء ترك وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به وروى الشفعة في كل شرك ربع أو حائط مسلم من حديث جابر وله طرق (تنبيه) الربعة بفتح الراء وإسكان الموحدة تأنيث ربع *

(النوع الثاني) مالا يحمل الاسنة واحدة وهو قطن بغداد وخراسان لا يبقى أكثر من سنة واحدة فحكمه حكم الزرع ان باع الارض لم يدخل في العقد كالزرع الا أن يشترطه المشتري فيصح شرطه مالم يكن جوزا منعقدا غير متشقق فسيأتي أنه يمنع على المشتري اشتراطه هذا اذا لم يكن اشتد فان اشتد وقوى ولم يتشقق فلا يجوز بيعه أصلا مفردا ولا مع الارض سواء ظهر بعضه أم لم يظهر شيء منه لان المقصود منه مغيب فهو مجهول كالسنبيل فان باعه مع الارض بطل فيه وفي الارض قولاً تفريق الصفة وكذلك في الزرع مع الارض سواء قاله القاضي أبو الطيب وان باعه وحده فان كان حشيشا لم ينعقد جوزه أو انعقد ولم يحصل فيه قطن جاز بيعه بشرط القطع وان كان قد عقد جوزه واستحكم قطنه لان المقصود منه القطن وهو مغيب كالسنبيل فعلى هذا ان باعه مفردا بطل وان باعه مع الارض بطل فيه وفي الارض قولاً تفريق الصفة وكذلك اذا باع الارض واشترط المشتري ان يكون ذلك له واقتصر الرافعي في ذلك على ما ذكر صاحب المذهب نقلاً وفيما قال صاحب التهذيب موافقة لبعض ما تقدم عن القاضي أبي الطيب فان تشقق وظهر القطن صح بيعه وحده ومع الارض وجاز لمشتري الارض أن يشترطه وهل يدخل القطن في البيع قال صاحب التهذيب يدخل بخلاف الثمرة المؤبرة لا تدخل في بيع الشجرة لان الشجرة مقصودة كثمار سائر الاعوام ولا مقصود منها سوى الثمرة الموجودة وقال القاضي حسين انه يبقى للبائع ولا يدخل في البيع وشبه ابن الرقعة هذا الخلاف بالخلاف فيما اذا رهن خريطة لاقية لها وكان فيها شيء له قيمة هل يتبع اللفظ دون ما فيها أو يجعل المرهون ما فيها لانه المقصود عادة وفيه وجهان (أصحهما) الاول قلت وان لم يتشقق قل في التهذيب لم يصح بيعه على الاصح وقال القاضي حسين يصح في الاصل ولا تدخل الثمرة وكل منهما بني على أصله قال ابن داود فعلى قول اشتراط التشقق يشترط أن يكون في كله فلو تشقق بعضه لم يصح الا فيه بخلاف ثمرة النخل وكرسف الحجاز واحتج من منع من بيعه قبل تشققه بان المقصود منه ^(١) وفي البيان أن الشيخ أبا حامد منع من بيعه وان تشقق جوزه كالطعام في سنبله وهذا محمول على غلط في النسخة التي وقعت لي وهذه الجملة التي ذكرتها هي قول أكثر الأصحاب وقال صاحب التتمة انه اذا تناهى

يباض بالاصل

« الشفعة في كل شرك ربع أو حائط » (الضرب الثاني) الاراضي فتثبت الشفعة فيها سواء بيع الشفعة منها وحده أو مع شيء من المنقولات ثم في الحالة الثانية يوزع الثمن عليه وعلى ذلك المنقول كما سيأتي (والثالث) الاعيان التي كانت منقولة في الاصل ثم أثبتت في الارض للدوام كالابنية والاشجار فان بيعت منفردة فلا شفعة فيها لانها في حكم المنقولات وكانت في الاصل منقولة وتنتهي اليه وان طال أمدها وليس معها ما يجعل تابعة له وحكي الامام أبو الفرج السرخسي وجهاً أنه ثبتت الشفعة فيها لثبوتها في الأرض (والمذهب) الاول وان بيعت الأرض وحدها ثبتت الشفعة فيها ويكون

نهايته ولا يكون له نماء بعد ذلك وهو في آخر الخريف فبيعه جائز مطلقا ويكلف تقريغ الارض عنه على حسب العرف وما عليه من الحل لا يتبعه سواء كان متشقا أم غير متشقق لان الشجرة ليست بمقصودة وانما المقصود الثمرة فلا تدخل في بيع البائع وهذا الذي قاله صاحب التتمة فيه تنبيه وعليه استدراك أما التنبيه فانه استفيد مما ذكر أن شرط الحكم بجواز البيع فيه أن يكون تناهى ولا يتوقع له نماء فلو لم يكن كذلك لم يصح الا بشرط القطع كما في شجر البطيخ اذا خاف اختلاطه أما بيعه مع الارض فلا حاجة فيه الى ذلك (واما) الاستدراك فإن أصول هذا النوع من الكرسف لا تصد وحدها بدون حملها ولا يشترى بها أحد الا والمقصود حملها فقله ان حملها لا يتبع لان الشجرة ليست بمقصودة تعليمه صحيح وليس ينبغي ان يكون فيما اذا عني أنه يشترى الاصول فقط أما اذا قال بعثك هذا القطن وهذا الزرع دخل لانه هو المقصود وليس دخوله تبعا وكلام الاصحاب المتقدم منزل على ذلك وذلك هو المفهوم عند الاطلاق وكذلك اذا قال بعثك الارض وما فيها من الزرع فأما بيع ثمرة فإن تشقق وباع ما تشقق منه صح ويؤمر بالالة ط على العادة فلو تأخر الالتقاط حتى تشقق غيرها واختلف فعلى القولين وان لم يكن تشقق ولا انعقد القطن فباعه على شرط التبقية لم يصح كشمرة لم يبد صلاحها وان باعه بشرط القطع لم يصح لانه لا منفعة فيه في تلك الحالة فاما ان انعقد القطن ولم يتشقق فحكمه حكم الحنطة في السنبل هذا كلام صاحب التتمة قال فلو باع الجوز مع الشجرة قبل التشقق بشرط القطع فمن اصحابنا من قال فيه قولاً ببيع الغائب والشجرة وان كان قد رآها فهي تابعة فلا يحمل لها حكم ومنهم من قال في الجوز قولاً ببيع الغائب اذا ابطنا في الشجرة قولاً بفرق الصفة وقد ذكر صاحب البيان ان قطن العراق كقطن الحجاز يبقى سنين والامر في ذلك يرجع الى المشاهدة والفقهاء قد تبين *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿وان باع شجرة غير الدخل والكرسف لم يخل اما أن يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة فان كان يقصد منه الورد فان كان ورده يخرج في كمال ثم ينفتح منه كالورد فهو كالنخيل فان كان في الكمام تبع الاصل في البيع كالمطلع الذي لم يؤر وان كان خارجا من الكمام لم يتبع الاصل كالمطلع المؤبر

الشفيع معه كالمتمري وان بيعت الأبنية والاشجار مع الارض اذا صريحا أو على قولنا ان الأرض تستبعضها ثبتت الشفعة فيها تابعة للأراضي كما سبق من الأخبار فان لفظ الربع يتناول الأبنية ولفظ الحائط يتناول الاشجار ولو كان على النخل ثمرة مؤبرة فادخلت في البيع شرطا لم تثبت فيها الشفعة لأنها لا تدوم في الأرض بل يأخذ الشفع الأرض والنخيل بحصتها من الثمن وعن مالك وأبي حنيفة إثبات الشفعة فيها تبعا وان كانت غير مؤبرة دخلت في البيع تبعا وهل يأخذ فيه وجهان أو قولان (أحدهما) لا كماؤبرة

وان كان لا يكلم له كالياسمين كان ماظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري وان كان مما يقصد منه الورق كالتوت ففيه وجهان أحدهما انه ان لم يفتح فهو للمشتري وان تفتح فهو للبائع لان الورق من هذا كالثمر من سائر الاشجار والثاني انه للمشتري تفتح أولم يفتح لانه بمنزلة الاغصان من سائر الاشجار وليس كالثمر لان ثمرة التوت ما يؤكل منه *

﴿الشرح﴾ الفصل معقود لبيان مايلحق من الاشجار بالنخل فان الشافعي رحمه الله لما ذكر حكم النخل المنصوص عليه واتبعه بالكرسف الذي هو في حكمه قال بعد ذلك ويخالف الثمار من الاعناب وغيرها النخل واندفع في بيان ما يكون في معنى ثمر النخل وشرح الاصحاب ذلك فقسموا الشجر النابت الذي له حمل في كل سنة الى اقسام واحسن تقسيم فيها ماسلكه الشيخ ابو حامد وتبعه المصنف وهو ان الشجر ثلاثة اضرب ما يقصد منه الورد وما يقصد منه الورق وما يقصد منه الثمرة والذي يقصد منه الثمرة على خمسة اضرب الاربعة التي ستاتي في كلام المصنف والخامس ما يظهر في كلام ثم تستحق عنه الحكم فتظهر الثمرة فتقوى بعد ذلك وتشتد وهي ثمرة النخل والمصنف لم يذكر هذا القسم لانه جعل تقسيمه فيما سوى النخل والكرسف فلا تأتي الاربعة كما ذكر والقاضي ابو الطيب جعل الاقسام كلها خمسة فلم يأت في تقسيمه من الحسن والبيان ما في تقسيم النيسخ ابى حامد فلذلك عدل المصنف عنه وذكر المصنف في هذه القطعية التي ذكرناها ههنا ضربين (الضرب الأول) ما يقصد منه الورد وهو علي نوعين (احدهما) ما يخرج في ورق اخضر لا ينداهد منه شيء ثم بعد ذلك يفتح فيشاهد ماتحته ك انواع الورد الأحمر والأبيض والأخضر والرجس فان كان قد تفتح منه شيء عند البيع فجميعه للبائع ما تفتح وما لم يفتح هذا هو المشهور خلافا لما سنده عن صاحب التهذيب ومن تبعه ان ما تفتح يكون للبائع وما لم يفتح يكون للمشتري وأن ما لم يفتح منه شيء يكون للمشتري كما طلع حرفا بحرف هكذا قال أبو حامد وقال الروياني في البحر والشاشي في الحلية وابن الصباغ والرافعي عن الشيخ أبي حامد أنه للبائع وان كان في كلامه وان ذلك

لانهم امنة قوله (والثاني) نعم لدخولها في مطلق البيع قال في التهذيب وهذا أصح وعلي هذا فلو لم يتفق الاخذ إلى أن تأيرت فوجهان (أظهرهما) الاخذ لان حقه تعلق بها وزيادتها كالزيادة الحاصلة في الشجرة من بسوقها أو طول أغصانها (والثاني) المنع وبه قال القاضي ابو الطيب لخروجها عن أن تكون تابعة للنخل وعلى هذا فم يأخذ النخل والارض فيه وجهان (أشبههما) بحصتها من الثمن كما في المؤبرة (والثاني) بجميع الثمن تنزيلا له بمنزلة عيب يحدث بالشفص ولو كانت النخل حائلة عند البيع ثم حدثت الثمرة قبل أخذ الشفيع فان كانت مؤبرة لم يأخذها وان كانت غير مؤبرة فعلى قولين ذكرناها بتوجيههما وتخاريجهما

ظاهر كلام الشافعي رضى الله عنه (قلت) وهذه الحسكية عن أبى حامد كان يغلب على ظني أنها وهم
فان الذى فى تعليقه الجزم بالتفصيل المتقدم ولا أعلم خلافاً فى ذلك فلعله النبس على الحاكى هذه المسألة
بمسألة الثمرة اتى عليها نور ووقع اختلاف فى نقل الحكم مع ذلك لكن لما رأيتها ولا الأئمة نقلوا ذلك
(قلت) لعل الشيخ أباحامد اختلف كلامه فى ذلك * ويدخل شجر هذا النوع فى بيع الأرض كسائر
الأشجار وقال البغوى فى التهذيب والحوارزمى فى الكافى إن الورد إذا تفتح بعصه فالذى تفتح للبائع
والذى لم يفتح للمشتري بخلاف مالو باع نخلة تشتق بعض ثمرها وعلاه بأن ما تفتح من الورد يحتني
ولا يترك فانه يتناثر ويقتل فلا يتلاحق البعض بالبعض فكان كل واحد فى حكم المنفرد بخلاف الثمار
فانها لا تحتني حتى تتلاحق وكلام أبى حامد والجرجاني والمصنف فى التنبيه وابن سرة فى بيان مالا
يسم جهله مصرح بخلافه (النوع الثانى) من هذا الضرب ما يبرز بنفسه لا يحول دونه حائل إلا أنه
يخرج على جهته ثم يفتح كالياسمين فان كان قد طهر منه شيء فالجميع للبائع وان لم يظهر منه شيء
فهو للمشتري والطهور فى هذا النوع بمنزلة التفتح فى النوع الأول هذه طريقة الشيخ أبى حامد
وسلكها المصنف هنا والرويانى والرافعى وغيرهم * واعلم أن عبارة المصنف رحمه الله تعالى هنا فى الياسمين
خاصة وكذلك عبارة الجرجاني يوافقان بطاھرهما ماقاله صاحب التهذيب فى الورد لكن عبارة المصنف
فى التنبيه مصرحة بأن الياسمين كالورد وان ظهور بعضه كظهور كاه فينبغى أن تحمل عبارته فى المذهب
على ذلك لاهل ماقاله صاحب التهذيب والله أعلم * وأطلق القاضى أبو الطيب فى النوعين أنه إن
تفتح للبائع وان لم يفتح للمشتري وكذلك قال المصنف فى التنبيه لكن بلفظ الطهور لما قال أو نوراً
تفتح كالورد والياسمين فان كان ظهر ذلك أو بعضه فهو للبائع وان لم يظهر فهو للمشتري فان أراد
بالطهور التفتح وهو الطاهر فهو موافق للقاضى أبى الطيب وان أراد البروز وان كان فى السكام لم يقل
به أحد إلا أن يتعسف فى الاعتذار عنه بأن المراد الظهور وذلك فى الورد وما يخرج فى كاه بالتفتح
وبالياسمين وما يخرج فى غير كاه بنفس الخروج فحينئذ يصح ويكون موافقاً لما قاله فى المذهب ولما
قاله الشيخ أبو حامد وأما اعتبار القاضى أبى الطيب التفتح فيما لا كاه له فلا معنى له وقال الرويانى

فما اذا أفلس مشتري النخيل وهي مطلعة هل يتعدى الرجوع الى الطلع وقد ذكر كثير من الناقلين
أن قول أخذ الثمار قوله القديم ومقابلته الجديد وعلى هذا فالمسألة مما يجاب فيها على القديم لما مر فى
التفليس أن الاخذ أظھر عند الاحباب واذا بيعت الثمرة للمشتري فعلى الشفيع إبقاؤها الى الادراك وهذا
اذا بيعت الاشجار مع البياض الذى يتخللها أو بيع البستان كله أما اذا بيعت الاشجار ومغارسها لاغير
فوجهان وكذا لو باع الجدار مع الاس (أحدها) أنه تثبت الشفعة لانها فرع أصل ثابت (واشبههما)

إن البنفسج كالورد وعد جماعة البنفسج والنشرين من جنس الياسمين والحق سليم فيما نقل عنه النشرين بالورد قال الفراري والمشهد في بلادنا خروجه في كأم يفتح عنه كالورد يعني الياسمين *
(فرع) لواع كأم الورد قبل حصول الورد فيها وكذا الجوز قبل القطن بشرط القطع صح لأن الورد والقطن ليسا بمقصودين منهما فصارا مقصودين بأنفسهما لعاب الدواب قاله الخوارزمي (الضرب الثاني) ما يقصد منه الورق كالتوت وشجره هو المسمى بالفراصاء ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق وصححه الروياني أنه إن كان قد ظهر من الورق شيء فالكل للبائع وإلا فالمشتري هكذا عبولة الشيخ أبي حامد والشيخ في عبارته بالفتح وعدمه تابع للقاضي أبي الطيب فإنه قال كذلك وزاد ففرض المسألة فيما إذا باع أصل التوت وقد خرج ورقه ويرد عليها في ذلك ماورد عليها في اعتبار الفتح في الياسمين وإن استبعدت حصول الفتح في ورق التوت فسيأتي في كلام الماوردي والروياني ما يثبتته وقد أخبرني من يخبر ذلك وأن ورق التوت يخرج منعقدًا لم يفتح (فائدة) الياسمين بكسر السين والأشهر جعل النون حرف إعرابه وفيه لغة أنه يمر ب إعراب قائمين - بالواو والياء والنون - بياءين مشتاتين هذا هو المشهور وقد قيل فيه لغة أن الأولى مشناة والثانية مثناة وأنكرها الجوهري ونسبها ابن قتيبة في أدب الكاتب إلى الفرس (والوجه الثاني) أنه للمشتري بكل حال ونسبه الإمام إلى الجماهير وصاحب البيان إلى اختيار الشيخ أبي حامد وقال في التهذيب انه المذهب وهو الاصح عند الغزالي والرافعي والقاضي حسين وغيرهم لانه ورق فاشبه سائر الاوراق ولما ذكره المصنف ومنع صاحب هذا الوجه أن تكون ثمرة التوت منحصرة في ذلك أو أن ذلك من الثمر بل ثمرة ما يؤكل منه من الثمرة الحلوة والمرارة وجعل البغوي والرافعي وغيرها محل الخلاف فيما إذا كان في أو ان البيع أمافي غيره فالكل للمشتري بلا خلاف على ما صرح به صاحب التتمة كسائر الاوراق وفي المسألة وجه ثالث جزم به الماوردي وحكاها الروياني أنه إن كان شامياً يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه وإن كان يقصد ورقه فإنه يبدو في عقده ثم يفتح عنها فإن كان في عقده تبع الاصل وإن انشقت العقدة وظهر ورقها لم يتبع الاصل وهو للبائع قال الروياني وهو قريب من قول أبي إسحاق ورأى بعضهم أن الخلاف منزل على هذا التفصيل وأد لاهني لذلك الخلاف وإن كان الشيخ قد

المنع لأن الارض تابعة ههنا والمتبوع ممتول ولو باع شقصاً فيه زرع لايجز مراراً وادخله في البيع شرطاً أخذ الشفع الشقص بحصته من الثمن ولم يأخذ الزرع خلافاً لأبي حنيفة ومالك وإن كان نمماً لايجز مراراً فالجذوة الظاهرة التي لا تدخل في البيع المطلق كالثمار المؤبرة والأصول كالأشجار وما يدخل تحت مطلق بيع الدار من الأبواب والرفوف والمسامير يؤخذ بالشفعة تبعاً كالأبنية وكذا الدواب

حكاه (قلت) وقد عرفت أن الشيخ لم ينفرد به بل كل الاصحاب ذكروا الخلاف ولم أر هذا التفصيل لغير الماوردي وان كان منجبا فان النوع الذي يقصد ثمره ولا يقصد ورقه كالاحمر فيما قال بعضهم فانه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمره فهذا ورقه كورق سائر الأشجار أما الثوت الايض الذي يقصد منه الورق لطعمه الدود فينتجه فيه الخلاف قال ابن الرفة ويلتحق بالاول ورق الذكر من الايض لأنه لا يصلح لتربية الدود كما صرح به الاصحاب في كتاب المساقاة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ الخلاف الذي يقطع أغصانه ويترك ساقه وطوله وتقطع الأغصان من جوانبه فحسب اذا باع شجرته قال القاضي الحسين والأغصان لا تدخل في العقد لأنه ينزل منزلة الثمار في سائر الأشجار *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردي والرويانى الحناء يقصد ورقه أيضا ويبدو ورقه بعد تقديح أغصانه من غير أن يكون في عقدة تفتح عنه فإذا بدا ورقه بعد التقديح ثم باع شجره كان في حكمه الدخول المؤبر فيكون للبائع وقال صاحب البيان شجر الحناء والجوز والمهرنس لانهن فيها فيحتمل أن يكون كالثوت على الوجهين ويحتمل أن يكون البائع أحق بالوق اذا ظهرت وجهها واحداً لأنه لا ثمرة لهذه الأشجار غير الوق *

﴿ فرع ﴾ شجر الذبق قال صاحب التتمة المذهب كسائر الأشجار يتبعها ورقها وقيل انها كالثوت لأن في ورقها منفعة مقصودة يغسل بها الرأس قال ابن الرفة وهذا ينبغي أن يكون هو الأصح في بلادنا لأنه مقصود بالثمرة وله طواحين معدة لطحنه وموضع يباع فيه بأبلغ ثمن لكثرتة وفرق على القول الآخر بينه وبين ورق الثوت بأن منفعة غسل الرأس تافهة وغيره في المعنى يشاركها فأنفصل بالخطمي والطين وغير ذلك بخلاف ورق الفرساد فإنه كل مقصوده *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وان كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب أحدها ما يخرج ثمرته ظاهرة من غير كلام كالتين والغنب فما ظهر منه فهو للبائع لا يدخل في البيع من غير شرط وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري لان الظاهر منه كالطلع المؤبر والباطن منه كالطلع الذي لم يؤبر ﴾ *

الثابت في الأرض سواء اداره المالك أو غيره بخلاف الدلو والمنقولات ولو باع شقصاً من طاحونة فالحجر التحتاني يؤخذ بالشفعة (إن قلنا) بدخوله في البيع وفي الفوقاني وجهان مع التفرع عليه كالوجهين في الثمار التي لم تؤبر (وقوله) في الكتاب كل عقار غير مجرى على ظاهره لأنه يقتضى اشتراط كون المأخوذ عقاراً وقد عرفت أن الأبنية والأشجار بل الثمار أيضاً مأخوذة ومعلوم أن اسم

(الشرح) بدأ في الضرب الثالث من أقسام الشجر وجعله على أربعة أضرب وقد تقدم التنبيه على أن منها ضرباً خامساً لم يدخل في تقسيمه ولم يلتزمه وهو النخل والكرسف لافراده إياهما بالذكر وجعله مورد التقسيم فيما سواهما * إذا علم ذلك فهذا الضرب الذي يقصد منه الثمرة مما سوى النخل والكرسف على أربعة أضرب (أحدها) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كأم لا ورق دونها ولا حائل مثل التين والعنب فإذا باع أصل التين والعنب فإن كان قد خرجت الثمرة فهي للبائع إلا أن يشترط المبتاع وإن لم تكن خرجت وإنما خرجت في ملك المشتري فهي للمشتري ويكون خروج هذه الثمرة بمنزلة ظهور ثمرة النخل من الطلع وظهور القطن من الجوز قال الشيخ أبو حامد وأظن التوت الشامي مثله أي مثل التين والأمر كما قال فإن ثمرة التوت تخرج بارزة من غير كأم وأظن مراده بالشامي التوت الأحمر المرفأ المقصود منه ثمرته لا ورقه بخلاف التوت الذي يقصد ورقه لترية الدود وإن كان الحكم في الثمرة واحداً وقد حكى عن الشيخ أبي حامد أنه قال في العنب عندى أن له ورداً ثم ينقصد قال المحاملى وشاهده قول الشافعى يعنى الذى معناه أن سائر الثمار من العنب وغيره تخرج ثمرتها وعليها ورد وهو يشاهد من بين ذلك الورد ويرى ويتساقط عنها النور ويبقى الثمر فتكبر ولا كذلك النخل فإنها لا ترى من داخل الكأم وهذا وجه المخالفة قال ابن الرفعة وقد يقال على هذا وجه المخالفة أن كأم ثمرة النخل شامل لحبات منه وكأم العنب شامل لكل حبه وكذا كأم غيره من الثمار ولهذا المعنى أثر يظهر لك في بيع ماله قشران كالجوز واللوز وقد علل جعل العنب للبائع بأن اشتمال كل حبة على كأم يزيلها كاشتمال كل حبة من حبات ثمر النخل بعد التأخير ومع ذلك فهو البائع فكذا العنب يكون له والماوردى يزعم أن العنب نوعان منه ما يورد ثم ينقصد ومنه ما يبدو منقداً قال ابن الرفعة ولا أثر لهذا الاختلاف في الحكم لأن من أثبت له نورا يقول أنه غير مانع من الرؤية فكان كالمعدوم والله أعلم * وأعلم أن كلام المصنف في هذا الضرب والضرب الذى بعده يقتضى أن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعا لما كان عند العقد وأنه لا يكون ظهور بعضه كظهور كله كالنخل وبذلك صرح صاحب التهذيب وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التهذيب في الورد والياسمين وما اقتضاه كلام المصنف وصرح به صاحب التهذيب في هذا الضرب الذى بعده لم أجد في كتب الأصحاب ما يخالفه ونقل الرافعى ما قاله صاحب التهذيب عنه في الورد والتين والعنب وقال إن الصورة الأخيرة يعنى التين والعنب محل التوقف قال صاحب الوافى ولو أجرى الوجه القائل بأن ما يحدث من الطلع بعد ما تأخر منه البعض

العقار لا يقع عليها في المتعارف ولا يمكن أن يقل أراد بالعقار غير المنقول لأن قضيته حينئذ إثبات السفعة في الأثية ولا شجار وحدها لأنه كما لا يقع عليها اسم العقار لا يقع عليها اسم المنقول وهي ثابتة

يكون للبائع كالطلع غير المؤبر لأنه من ثمرة العام فيكون أيضا ما يحدث من التين للبائع تابعا لما ظهر لأن الظاهر في حكم المؤبر من ثمرة الدخل كان له اتجاه ظاهر ولم أجد للأصحاب نصافيه غير ما ذكره الشيخ وإن يكن فرق فمن حيث أن ظهور الشيء بعد الشيء في التين معتاد ثم حين بلوغ التين يؤخذ فالذي يحدث بعده لا يختلط به حتى يفضى إلى سوء المشاركة بخلاف ثمرة النخل فإنها تترك إلى الجذاز فيصير الجميع على حد واحد في البلوغ فيختلط ولا يتميز فاحتجنا أن نجعله تابعا وفي هذه المسألة لا حاجة إلى ذلك ﴿قلت﴾ وهذا اعتراض وجواب جيدان وقد علمت أن المصنف لم ينفرد بذلك والفرق المذكور يعضد ما قاله صاحب التهذيب في الورد والياسمين ويمكن الفرق بأن الورد والياسمين يسرع فيه التلاحق ولا يتميز فيفضى إلى المحذور بخلاف التين والعنب فإن التمييز بينهما بين والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿والثاني يخرج في كمام لا يزال عنه الا عند الاكل كالرمان والموز فهو للبائع لأن كمامه من مصلحته فهو كاجزاء الثمرة﴾ *

﴿الشرح﴾ هذا الضرب الثاني من الضرب الثالث الذي يكون المقصود فيه الثمرة والأمر كما قال المصنف حكما وتعليلان نص عليه الشافعي والأصحاب قال الشافعي في الأم وإذا باع رجل أرضا فيها شجر رمان ولوز وجوز الاربع وغيرها مما دونه قشر يواريه او ظهرت ثمرة فالثمرة للبائع الا أن يشترطها المبتاع وذلك ان قشر هذا لا يتشقق عما في أجوافه واتفق الأصحاب على ان الحكم كذلك في الرمان والموز وذكروا في ذلك معنيين (أحدهما) ان كمامه من مصلحته كما ذكره المصنف وهو الذي أشار إليه الشافعي (والثاني) تقشر نفس الثمرة فانه يدخر عليها فهو كالتين وفي كلام المصنف تصريح باطلاق الشجر على شجر الموز وسيأتى تعرض لحكمه في فصل النبات غير الشجر وكلام الشافعي رضى الله عنه فيه قال ابن الرفعة ولأجله قيل انه لا تجوز المساقاة عليه وأما الجوز واللوز والرايح ففيه نزاع فلذلك أخره المصنف وجعله من الضرب الثالث *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿والثالث ما يخرج وعليه قشرتان كلجوز واللوز والرايح فالمنصوص أنه كالرمان لا يدخل في بيع الأصل لأن قشره لا يتشقق عنه كما لا يتشقق قشر الرمان ومن أصحابنا من قال هو كثمرة الدخل الذي لم يؤبر لأنه لا يترك في القشر الأعلى كما لا تترك الثمرة في الطلع﴾ *

في الأرض فيصدق عليها أنها غير المنقول (وقوله) فلا شفعة فيه معلم - بالميم - (وقوله) لحقه الضرر فيه معناه أن المنقول لا يبقى دائما والعقار يتأبد فيتأبد سوء ضرر المشاركة فيه والشفعة تملك قهري فلا

(الشرح) الرابع - براء مهمله ونون بعد الألف مكسورة وجيم - وهو الجوز الهندى وهو النارجيل إذا لم ذلك فهذا الضرب وهو الثالث من الضرب الثالث فالجوز واللوز والرمان قد تقدم أن الشافعى ذكره مع الرمان وحكم في الجميع بأنه للبائع الآن يشترط المبتاع وبذلك قطع صاحب التقریب لأن قشوره لا تنزل في الغالب إلا عند القطف وبعد القشرة العليا من الثمرة بخلاف السكام فإنه يعد من الشجرة ويترك السكام عند القطع على الأشجار ونزل السعف والكرانيف وقشور الجوز ليست كذلك قال الشيخ أبو حامد (أما) الذى لا إشكال فيه فلرمان واللوز وقال فى الجوز واللوز ظهر قول الشافعى أنه وان لم تشقق القشرة الأولى فهو للبائع قل وقال أصحابنا إنما جعله بمنزلة الرمان إذا ظهرت القشرة التى تلى الب وظهر هذا الكلام من الشيخ أبى حامد أن ذلك عن الأصحاب والقاضى أبو الطيب جعل الشيخ أبى حامد هو المخالف فى ذلك فقال وغطا الشيخ أبو حامد فقال الجوز يشقق قشره الفوقاني عنه ويسقط ويظهر السفلى فيجب أن يكون ذلك بمنزلة النخل فن لم يكن تشقق فهو للمشتري وان تشقق فهو للبائع قال القاضى أبو الطيب وهذا خلاف نصه لأن الشافعى رضى الله عنه قال تشقق القشرة من هذا ليس من صلاحه إذا كان على رؤس الشجر لأنه كتشقق الرمان الذى ليس فيه صلاحه وكان ذلك هو الحامل للمصنف على نسبة الخلاف إلى بعض الأصحاب مبهما من غير تعيين وقطع الماوردى ونصر الملقسى فى الكافى بما قاله أبو حامد وقال الرويانى إنه الاقيس وقل المحاملى فى المجموع قال الشيخ وقد ذكر الشافعى رضى الله عنه أن حكم الجوز واللوز قشرة عليا وسفلى لأنه ليس بالحجاز شجر الجوز واللوز فحمل أمره على أن له قشرة واحدة وأجراه مجرى الرمان واللوز أو علم ذلك وإسكانه فرض المسألة فيه إذا زالت عنه القشرة العليا وبقيت السفلى والدليل على أنه أراد هذا أنه قل دونه حائل لا يزل عنه إلا فى وقت الحاجة إلى أكله وهذا صفة القشرة السفلى دون العليا (قلت) أما الاحتمال الاول فبعيد لأن فى مختصر الزنى فى باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار وكذلك فى الأم وهو بعد الموضع بشيء يسير أن على الجوز قشرتان واحدة فوق القشرة التى يدفعها الناس عليه ولا يجوز بيعه وعليه القشرة العليا لأنه يصالح أن يدفع بدون العليا وكذلك الرابع فلا يجوز أن ينسب إلى الشافعى أنه لم يكن يعرف حال الجوز وأما الاحتمال الثانى فهو قريب ولا ياباه كلام الشافعى فان عبارته فى الأم وذلك أن قشر هذا لا ينشق عما فى أجوافه وصلاحه فى بقائه هذا كلام الشافعى بحروفه وليس فيها ما يوجب أن يكون

يحكم بثبوته الا عند شدة الضرورة *

قال ﴿ وبالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفلى فإنه لأرض لها فلا ثبات ﴾ فان كان السقف لشركاء العلوفوجهان لأن السقف فى الهواء فلا ثبات له *

المراد القشرة العليا دون السفلى بل تعليل الشافعي رضي الله عنه بأن صلاحه في بقائه يفهم أن ماليس صلاحه في بقائه لا يكون للبائع إلا إذا زال عنه وقشرة الجوز واللوز العليا من هذا القبيل فإن كانت تشقق عنه وهو على الشجر فينبغي أن يكون الأمر كما قال الشيخ أبو حامد وتغليط القاضي أبي الطيب غير متجه لكني أقول ان تشقق القشرة العليا من على الجوز واللوز إنما يكون بعد يسه ونهايته وكثيراً ما يؤخذ من على الشجر مع قشرته كاللوز العاقد والرايح أيضاً كثيراً ما يؤخذ في قشرته بعد نهايته بل المادة مطردة في كل ماله قشرات فليس هو كشمرة النخل قبل التأبير فينبغي أن يكون للمشتري كما يقتضيه إطلاق النص وإن كان للمأويل فيه محتمل والله أعلم *
واعلم أن اللوز إذا كان أخضر صغيراً يؤكل في قشرته ويجوز بيعه مع تلك القشرة كما ذكره القاضي حسين لأنه مقصود كالألب سواء مع ذلك النصوص كما تقدم أنه يدخل في بيع الأصل فكأنهم شبهوه بالطلع في اللوز إذا كان صغيراً فإنه يؤكل كله ولا يقطع من التبعية حتى يظهر من اللوز والله أعلم *
وقد نقل إمام الحرمين عن العراقيين ما ذكرناه عن الشيخ أبي حامد وذكر عن صاحب التقريب خلافة وكأنه لما وقف على كلام الشيخ أبي حامد نسب ذلك إلى العراقيين وقد عرفت كلامهم وأكثرتهم ونص الشافعي على خلاف ذلك وأورد ابن الرنعة على أبي حامد أنه يقول بأن ماله نور يكون للبائع بخروج نوره وهذا منه فإذا انعقد كان للبائع بطريق الأولى قال إلا أن يقال في الجواب ان ذلك قاله في ثمرة تخرج في جوف نور والجوز ليس كذلك فإن البندنجي قال إنه يورد أولاً ورداً لاتخرج الثمرة من جوفه بل يذهب الورد وينعقد بعد ذهابه ثمرة كهية التين أول ما يطلع وسيأتي في الضرب الرابع كلام عن البندنجي يتعلق بهذا الضرب في اللوز *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

والرابع ما يكون في نور يتناثر عنه النور كالنفاح والكهثرى فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق والقاضي أبو حامد هو كهشمة النخل إن تناثر عنه النور فهو للبائع وإن لم يتناثر عنه فهو للمشتري وهو ظاهر قوله في البويطي واختيار شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله لأن استنارها بالنور كاستنار النور في الطلع وتناسر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة فكان في الحكم مثلها وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني هو للبائع وإن لم يتناثر النور عنها لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر واستنارها بالنور

الشرط الثاني كونه ثابتاً وقصد به الاحتراز عما إذا كان بين اثنين حجرة أو غرفة عالية مبنية على سقف لأحدهما أو غيرها فإذا باع أحدهما نصيبه فلا شفعة لشريكه لأنه لأرض لها ولا ثبات فهو كالمقولات ولو كان السقف المبنى عليه مشتركاً بينهما فعلى وجهين نقلها ههنا وفي الوسيط

كاستنار ثمرة النخل بعد التأخير بما عليها من القشر الأبيض ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استنارها بالقشر الأبيض فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استنارها بالنور *

﴿الشرح﴾ النور الزهر على أى لون كان وقيل النور ما كان أبيض والزهر ما كان أصفر والكثرى ^(١) (أما الأحكام فإذا باع أصل التفاح والكثرى والسفرجل والأجاص والخوخ والمشمش وما جرى مجراه مما يخرج في نور ثم يتناثر عنه النور فالشهور أنه إذا باع الأصل وقد خرج وردها وتناثر وظهرت الثمرة فهي للبائع إلا أن يشترط المبتاع وإن لم يتناثر وردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهي للمشتري لأن الثمرة مغيبة في الورد وتظهر بعد تناثره فهي في ذلك كثرة النخل في التأخير وعدمه وهو ظاهر قوله في البويطى لأنه قال في آخر باب السلف قبل باب الوديعة وحكم الأبار في التفاح واللوز والفرسك إذا خرج منه وتحجب وتقل ذلك عن أبي إسحاق المروزي في الشرح والقاضي أبي حامد في جامعه وأبي علي بن أبي هريرة وهو اختيار القاضي أبي الطيب كما قال المصنف قل في تعليقه وغلط الشيخ أبو حامد الأسفراييني فقال ظهور الورد بمنزلة ظهور الثمرة واحتج بأن الشافعي رضي الله عنه قال حكم كل ثمرة خرجت بارزة ترى في أول ما يخرج كما ترى في آخره فهو في معي ثمرة النخل بارزاً من الطلع وغلط فيه لأن هذا أراد به مالا ورد له مثل العنب والتين لأن هذا هو الذي يخرج بارزاً وأما ما يخرج في الورد فليس يبارز وإنما هو في جوف الورد وقد فسر ذلك في الصرف وذكرت لفظه فسقط قول هذا القائل انتهى كلام القاضي والذي ذكره من لفظ الشافعي في الصرف قال ما كان من الثمر يطلع كما هو لا كما عليه أو يطلع عليه كما ثم لا يسقط كماله فطوعه كالأبار النخل لأنه ظاهر وهذا إنما يرد على الشيخ أبي حامد بفهمه فان منظومه يدل على أن مالا كما عليه كالتين والعنب أو عليه كما لا تسقط كالموز والرمال فالطوع في التمين بمنزلة التأخير أما كون الطوع في غيرها ليس بمنزلة التأخير فليس ذلك بالمنطوق بل قد يقال إنه يدل للشيخ أبي حامد لاطلاقه أن مالا كما عليه يكون طوعه كالتأخير والذي يخرج في نور لا كما عليه وإن كان مستتراً بالنور غير أن هذا يبعده قوله كما هو فانه يشعر لا شيء عليه من كما ولا غيره وقد ذكر الشيخ في تعليقه ما نقله عن القاضي أبي الطيب فقال إن الذي ذهب إليه شيوخ أصحابنا أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة وغيرهما أنها للمبتاع ولولا أني لا أحب مخالفة كان ظاهر

(١) يابص بالأصل

(أحدهما) أن الشفعة تثبت للأشتركة فيهما أرضاً وجداراً (وأظهرها) المنع لأن السقف الذي هو أرضه لا يثبت له أيضاً وما لا يثبت له في نفسه لا يفيد ثباتاً لما هو عليه ولو كان السقف مشتركاً بين اثنين والعلو لأحدهما فباع صاحب العلو العلو ونصيبه من السفلى ففيه للفقهاء جوابان (أحدهما) أن الشريك

الذهب والأشبهه بالسنة أن الأنوار إذا ظهرت للبائع إلا أن يشترط المبتاع. كالمطلوع إذا تشققت
أبو بكر كلام الشافعي رضي الله عنه الذي تقدم ثم قال وأما معنى السنة فقوله عليه الصلاة والسلام
«من ابتاع نخلا قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع» لما جعل ثمرة النخل للبائع إذا ظهر عند
الطلع وذلك الظاهر نور يتفتح فإذا تناثر انعقدت الثمرة بعده كانت لأبوابه كالمطلوع لأن الفور يتناثر
ثم تنفقد الثمرة بعد ذلك وفيه نظر انتهى كلامه وأما الحق أنه لا حاجة له في كلام الشافعي فإن الشافعي
رضي الله عنه إنما حكم بذلك في الثمرة التي تخرج بارزة ترى في أولها كما ترى في آخرها وما يخرج في
نور ليس يرى في أولها كما يرى في آخره فكيف يحمل عليه أو يقال إنه مندرج فيه وما يستعمل به من
الحديث وما أشار إليه وذكره المصنف له من استتار ثمرة النخل بعد التأخير بما عليها من القشر لا يتضح
فإن ذلك يرجع إلى تحقيق مناط فإن الشيخ أبهامه يقول: إن ثمرة النخل بالتأخير لا تظهر وإنما يظهر
وما يجري مجرى ورد سائر الأشجار لأنه إذا تشقق المطلع طهر ما فيه مثل اللبائف وفيه حب هفار مثل النرة
وليس ذلك هو الثمرة وإنما الثمرة في حبوب ذلك الحب تخرج مثل الشعيرة كما تخرج ثمرة عذائير الأشجار
من بين الورد فإن كان الأمر كما قال الشيخ أبو حامد من أن ثمرة هذا المصرب الذي نحن فيه تخرج من
بين الورد وإن ثمرة النخل مثلها فينبغي أن يكون الحق معه والألفاظ تقع القاضية بأن الطيب ومن
واقفه وهذا ليس باختلاف في فقه بل يرجع إلى أمر محسوس ومثله يقطع بأدراك الضوابط فيه والطاهر
الذي تدل عليه المشاهدة أن الأمر كما قال أبو حامد وأراد المصنف من الاستتار بالثمرة لا يوضح
وبالنور ما حكيناه عن الشيخ أبي حامد والأدلة طاهره أنها مستترة كلها وذلك يخالف ما تقدم من الأحكام
قبل التأخير بالحمل لاستتارها وبعد التأخير بالثبوت المنفصل لظهورها والذي صححه القاضي في ذلك أنها
المشتري هكذا للمحرر والروضة ويشعر به كلامه في الشرح وقال إن الآخر أرجح عند سائر المقاسم
الكرخي نوصاحب التهذيب وجعل أكثر الأصحاب الضابط في ذلك تناثر الموزر كالمقدم وحمل القاضي
حسين عن الأصحاب أن ذلك يخرج أولاً نوراً ثم يشقق ثم يتناثر ذلك ثم تنفقد الحببات كالمشمس والموخ
والتفاح ونحوها قال فما لم تنفقد الحببات فيه يتبع الأصل في البيع وإذا انعقدت حببته لا يتبع الأصل في
البيع مطلقاً ولا يدخل إلا بالشرط وكان القاضي أخذ ذلك عن القفال فإن الرواية حكى عن القفال أنه
إذا تحببت ثمارها فهي للبائع وإن كان النور باقياً عليها وإن لم تتحبب فله نور كالورق بهذه عبارته

يأخذ السفلى ونصف العلو بالشفعة لأن الأرض مشتركة بينهما وإذا فيها تابع لها لا ترى أنه يتبعها
في بيع الأرض عند الإطلاق وكذلك في الشفعة (وأصحها) وهو الذي ارتضاه الشيخ أبو علي أنه
لا يأخذ إلا السفلى لأن الشفعة لا تثبت في الأرض إلا إذا كانت مشتركة فيكون ذلك فيما فيها

ويحيى من مجموع ذلك ثلاثة أوجه (الاول) أنها للبائع بمجرد الطهور وهو قول أبي حامد (والثاني) أن الاعتبار بالتجب وهو قول القفال (والثالث) أن الاعتبار بتناثر النور وهو المذهب لقول الشافعي رضي الله عنه في البويطي إذا خرج من النور وتجب وقد يقال طهر البص يقتضي اعتبار مجموع الأمرين لشكر الطاهر أن التجب يكون قبل التناثر فذكر التناثر يعنى عنه وفي البحر أن الأصح ما قاله القفال رضي الله عنه وكذلك قال الخوارزمي في السكاني أنه لا اعتبار بتناثر النور على الأصح وذكر ابن الصاغ أن المحامي في المجموع ذكر هذه الحكاية التي حكياها عن أبي حامد وأنها ليست مذكورة في التعليق الأخير عنه وهذا عجب من ابن الصباغ فإن شيخه أبا الطيب ذكرها عنه فكان ذكرها من جهة أولى وهي في التعليق المرجودة عندنا وأما ما ذكرها في التعليق الأخيرة فيديل . (تنبيه آخر) أكثر الأصحاب جعلوا الشمس والتفاح والخوخ من هذا القسم الذي نحن فيه وتكلموا فيها كلاماً واحداً كما تقدم وإمام الحرمين سلك طريقة أخرى فحزم بأن الخوخ والشمس وما في معناه مما الأزهار محتوية عليه للمشتري في مطلق البيع والتفاح والكثير وما في معنائه مما لا تحتوى أزهاره على الثمار ولكنها تطلع والثمرة دونها قال فما كان كذلك مال العراقيون إلى أنه للبائع ومن أصحابنا من قال للمشتري لعدم الانقضاء قال وهذا هو الذي ذكره الصيدلاني وهذه الطريقة التي ذكرها الإمام مخالفة لما قاله أكثر الأصحاب ولنص الشافعي الذي نقلناه عن البويطي فإنه جعل حكم الأبار في التفاح والفرسك شيئاً واحداً والفرسك هو الخوخ والامام قد جعل حكمه مخالفاً لحكم التفاح ثم إن الامام نقل مثل العراقيين إلى أنه للبائع والعراقيون كما رأيت على أنه قبل تناثر النور للمشتري إلا الشيخ أبا حامد ولعل الامام رأى كلام أبي حامد فنسب ذلك إلى العراقيين كما تقدم له مثل ذلك في الجوز *

(فرع) قال القاضي الماوردي إن الكرم نوعان نوع منه يبدو منه أنوار ثم ينقصد ومنه ما يبدو حجباً منعقداً وقد تقدم الكلام في ذلك وعد الماوردي الرمان واللوز مع ذى النور قال تاج الدين عبد الرحمن والمشهد في بلادنا خلاف ذلك في الرمان فإن نوره لا يكون سابقاً له في أول الطهور وأما اللوز فكذلك هو عندنا وقال الرافعي أن الرمان واللوز مما يخرج في نور يتناثر عنه النور وما ذكرناه من الحكم فيما إذا بيع الأصل بعد تناثر النور عنه فإن بيع قبله عاد الكلام السابق فيه يعني إما أن

الابنية ولا شركة بينهما في الملو * ولو كانت بينهما أرض مشتركة وفيها أشجار لأحدهما فباع صاحب الأشجار الأشجار ونصيبه من الأرض ففيه هذا الخلاف هذا فقه الفصل ولك أن تقول اسم المقار ما أن يقع على الابنية بقطع النظر عن الأرض أو لا يقع إن وقع كان الضابط المذكور متناولاً للابنية

يباع بعد الانقضاء أو بعد التناثر فكلام الرافعي موافق لما وردى في أن الرمان له نور ولعله نوعان كالكرم وأطلق للتولى القول بأن العنب حكمه حكم النخيل قال وإن كان علي حبه قشر لطيف يتفتق عنها ويخرج منها نور لطيف لأن مثل ذلك يوجد في غير النخيل بعد التأخير وقد جعله رسول الله ﷺ للبائع وهذا ملاحظه منه للمعني الذي لحظه أبو حامد فيما مضى وصاحب التتمة مال إلي موافقته فيه أيضاً وقال إن ثمرة هذه الأشجار تكون تحت غطاء ويفارقها ويخرج من تحتها النور والثمرة والنور على رأس الثمرة لكنه قسمه قسمين قسم يكون له نور بغير كالم كالنفاح والكثيرى والسفرجل وهو الذى حكى كلام أبى حامد فيه ومال الى موافقته وقسم على ثمرها نور وتكون الثمرة بين كالم كالجوز واللوز والمشمس والأجاص قال فقبل ان يخرج من الكمام ويتناثر نوره حكمه حكم الطلع قبل التأخير وهذا التفصيل قريب مما حكيناه عن الامام *

﴿ فرع ﴾ تقدم في كلام الشافعى المحكي عن البويطى عد اللوز مع التفاح والفرسك فاعترض البنديجى بذلك على قول الاصحاب ان اللوز كالجوز قال وهو سهو منهم فيه قال ابن الرفعة (فان قلت) هل للشيخ أبى حامد جواب عن نصه في البويطى (قلت) لعله يقول اللوز نوعان منه ما ينشق عنه قشره الأظلى على الشجر وهو المذكور في الأم ومنه ما لا ينشق قشره على الشجر وهو المذكور في البويطى وشاهد ذلك أما نجد القول وغيره كالفرك لا يمكن إزالة قشره عنه دون الاسفل ولا كذلك غير الفرك *

﴿ فرع ﴾ إذا باع أصلاً عليه ثمرة طاهرة وطهر ما في ثمرة العام بعد البيع ففيما حدث بعد البيع وجهان ذكرناهما في التأخير قاله صاحب البيان يشير إلى الوجهين المتقدمين عن ابن أبى هريرة وغيره وأنه لا فرق في ذلك بين النخل وغيره * قال المصنف رحمه الله *
﴿ وان باع أرضاً وفيها نبات غير الشجر فان كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطوبة والبنفسج والزرع والنعنع والهندبا والبطيخ والقثاء دخل الأصل في البيع وما طهر منه فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشتري كالأشجار وان كان مما لا يحمل إلا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل في بيع الأصل لأنه نماء ظاهر لا يراد لبقاء فلم يدخل في بيع الأصل كالطلع المؤبر ﴾ *

وحدها فلتكن مأخوذة بالشفعة وحدها ان لم يقع خرجت الصورتان المذكورتان في الكتاب عن الضابط بلفظ العقار فلا حاجة الى ذكر قيد الثابت *

قال ﴿ واحترزنا بالنقسم عن الطاحونة والحمام وبئر الماء وما لا يقبل القسمة إلا بابطال منفعة المقصودة منه فلاشفعة فيها (ح و) اذا ليس فيها ضرر مؤنة الاستقسام وتضاييق الملك بالقسمة ﴾ *

في (الشرح) الرطبة يفتح الراء - وفي كتاب ابن البردي عن شيخه أبي العنائم - بضم الراء - وهو غلط وهو التضييب وهو القتب * (أصل) الاحكام فقال أصحابنا الزرع والنبات اسم لكل ما ينبت من الاشجار وينقسم إلى قسمين أصلي وغير أصلي فالأصل ضربان شجر وغير شجر فغير الأصل هو الزرع وبعبارة أخرى النبات ضربان شجر وغير شجر فالشجر على ثلاثة أصرب ما يقصد منه الورد أو الورق أو الثمر وقد مضى حكمها وأقسامها والنخل والكسيف داخلان في التقسيم وإن كان المصنف أوردهما بالذكر أولاً وغير الشجر ضربان أصل وغير أصل ولهذين الضربين عقد المصنف هذا الفصل فالضرب (الاول) لأصل وهو ما يحمل مرة بعد أخرى (والثاني) هو الزرع هكذا قسم الشيخ أبو حامد وهو يقتضي أن اسم الزرع مخصوص بما لا يحمل إلا مرة وهو طاهر وكذلك يقتضيه إيراد جماعة وجعل الراءى رحمه الله الزرع ضربين لحمل ماله ثمرة يحمل مرة بعد أخرى ضرباً من الزرع كالبنفسج والزرعس وجعل الرطبة والبنعج والهنديا خارجاً عن الزرع داخل تحت اسم الأصول حيث قال الغزالي وأصول يقول كالأشجار وجعل صاحب التهذيب اسم الزرع صادقاً على الثلاثة لا ضرب ما يثمر مراراً كالزرجس وما يحذر مراراً كالبنعج وما لا يحذر مراراً وليست له ثمرة بعد ثمرة كالحنطة وكلام الشافعي رضي الله عنه في المختصر يشهد لذلك فإنه أطلق الزرع على الضربين الأولين فهو أقرب مما سلكه الراءى في إطلاقه الزرع على الضرب الأول دون الثاني فإنه بحسب الحقيقة صادق على الجميع وبحسب العرف قد يقال إنه لا يصدق عند الإطلاق الأعلى الأخير والامر في ذلك قريب أو هو راجع إلى اللفظ (وأما) المعنى والاحكام فالأصرب الثلاثة فيه مختلفة والمصنف لم يذكر لفظ الزرع وإنما ذكر لفظ النبات ولا شك أنه شامل للجميع ليكنه جعلها في الحكم قسمين وجعل الرطبة والبنفسج من القسم الأول وأشعر كلامه بأن حكمها متحد فأما في دخول الأصل فصحيح على ما سيأتي تفصيله وأما في كون ما طهر منه للبائع وما لم يطهر للمشتري فإن ذلك مختلف فالبنفسج ما ظهر من ثمرته للبائع وما لم يطهر من ثمرته للمشتري وأما أصله فحكمه حكم الشجر والرطبة ليس لها ثمرة فما طهر منها نفسها يكون للبائع وما لم يطهر المشتري ولم يبين لذلك يتعين أن يقسم القسم الأول في كلام المصنف إلى قسمين فيكون مجموع الأقسام ثلاثة كما ذكرها البغوي والراءى وإن كنا نحن لم نطلق اسم الزرع على جميعها (القسم الأول) الأصل الذي له ثمرة بعد ثمرة كالبنفسج والزرعس والبطيخ والقثاء والبادنجن وعد صاحب التهذيب

الشرط الثالث كونه منقسماً وفي ثبوت الشفعة في العقار الذي لا ينقسم اختلاف مبني على أن الشفعة لم تثبت في المنقسم وفيه وجهان (أحدهما) أنها تثبت لدفع ضرر الشركة فيما يتأبد ويدوم كتصديق للدخل والتأذى بحرفة الشريك وأخلاقه أو كثرة الداخلين عليه وما أشبهها (وأحدهما) أنها تثبت

من ذلك الموز والكرفس المجازى فاما الكرفس المجازى فقد أفرد المصنف بالذكر فيما مضى وأما الموز فذكره المصنف أيضاً في القسم الثانى من أقسام الشجر فيما تقدم وهو الاقرب فانه شجرة لفة وعرفا والكلام الآن فى النبات الذى لا يسمى شجراً فلا يحسن عد الموز فيه * إذا عرفت ذلك فحكم هذا القسم أن ثمرته الطاهرة حال البيع تبقى للبائع والأمثلة المذكورة مختلفة فمنها ما لا يخرج ثمرته إلا طاهرة كالبنفسج فان ورده أشبه الأشياء بالياسمين ليس فى كماله فان كان قد طهر من ورده شيء فورد تلك السنة للبائع الا أن يشترط المبتاع هكذا صرح به الشيخ أبو حامد وفى معنى ذلك البطيخ والقثاء والباذنجان اذ لا فرق بينهما وأما النرجس فانه كالورد الايض والاحمر يخرج عنه أوراق خضر لا يطهر منه شيء ثم يفتتح فان كان قد تفتح منه شيء فان ثمرة هذا العام للبائع الا أن يشترط المبتاع وأما أصوله ففيها الطرق السابقة فى الأشجار حرفاً بحرف سواء فى ذلك ما طهر منها على وجه الأرض وما بطن فحينئذ حكم هذا القسم فى تبعية الأصول للأرض وفى حكم الثمار حكم سائر الأشجار هذا هو المشهور وحكى الرافعى وجهاً فى النرجس والبنفسج أهمهما كالخنطة والسعير وحكاها الرويانى فى البنفسج وعن الشيخ أبى حامد أنه ضعف الوجه المذكور فى النرجس وقال هذا كلام من لم يعرف النرجس فان النرجس له أصل يبقى عشرين سنة وانما يحول من موضع الى موضع فى كل سبع سنين لمصلحته ولا خلاف فى هذا القسم والذى بعده أن بيع الأرض صحيح وليس كبيع الأرض المزروعة زرعاً بمصدمة واحدة كما سيأتى فى القسم الثالث ومن صرح بنفى الخلاف صاحب التتمة (القسم الثانى) وهو بعض القسم الاول فى كلام المصنف الاصل الذى ليست له ثمرة بعد ثمرة ولكنه يجذمة بعد أخرى كالسداب والكراث والنعنع والهندبا والطرخون والكرفس والقصب الفارسى وأشجار الخلاف التى تقطع من الأرض كل مرة والرطب وهي القصب ويسمى أهل الشام العصاة بالصادم المملة - والقت - بالتاء المثناة - وهو القرط قال الأزهري هو القتب الذى تسميه أهل العودى ^(١) وقد عطف المصنف القصب على القتب فيقتضى أهمها متغايران وكلام النووي يدل على أن القصب والقت والقرط والرطوبة شيء واحد ولذلك صرح به القاضى أبو الطيب ولكنه بلغة العراق الرطوبة وبلغة أهل بلادنا القرط وبلغة الشام القصة والصواب أن القتب والرطوبة شيء واحد وان القرط الذى ببلادنا شيء آخر والرطوبة توجد أيضاً فى صعيد بلادنا والله أعلم * فى هذا القسم اذا باع الأرض وفيها شيء من ذلك طاهر على الأرض فالجدة الطاهرة عند البيع للبائع لا خلاف فى ذلك لانها طاهرة فى الحال

(١) كذا بالاصل

لدفع الضرر الذى ينشأ من القسمة من بدل مؤنتها والحاجة الى افراد الحصاة الصائرة له بالمراقب الواقعة فى حصه صاحبه كالمصعد والمبرز والبالوعة وحدها وكل واحد من الضررين وإن كان واقعا قبل البيع - كمن من رغب من الشرىكين فى البيع كان من حقه أن يخلص الشريك مما هو فيه ببيعه منه فاذا لم

لا تتراد البقاء فلم تدخل في البيع الا بشرط كاشرة لاؤبرة وفي دخول اصولها الكامة في الأرض في بيع الأرض الخلاف الذي في الاشجار هكذا ذكره العراقيون والصيدلاني وغيرهم وعن الشيخ أبي محمد الجويني القطع بالدخول هنا والفرق بينها وبين الشجر أن هذه كامة في الأرض نارية منزلة أجزائها بخلاف الاشجار فانها بادية ظاهرة مفارقة الأرض في صفتها هكذا حكى عنه في النهاية والبيضا والشرح ووقع في الوسيط أن الشيخ أبا محمد قطع بأنه كالدرع يعني فلا يدخل وذلك خلاف المشهور عن الشيخ أبي محمد قال ابن الرفعة ولوصح ذلك عن الشيخ لا يمكن أن يقال في الفرق بينه وبين الشجر أن مدة ابقائه في الأرض قد تعلم فلا يكون مرادا للدوام بخلاف الشجر وأيد ذلك بالوجه الذي حكاه الرافعي في البنفسج والنجس أنهما كالحنطة والشعير اذ لا يظهر فرق بين هذين وبطريقة حكاهما للماوردي في البطح وما يوجد مرة بعد أخرى لكن في عام واحد أنه كالزرع فيكون للبائع قال فقد يحصل لما في المسألة ثلاثة أوجه (قلت) يعني ثلاث طرق القطع بالدخول والقطع بعدم الدخول واجراء الخلاف والله أعلم لكن شرط إثبات هذه الطرق أن تتحقق نسبة الطريقة التي في الوسيط الى قائل والأظهر أن ذلك وهم ناسخ لمخالفتها ما في البسيط والنهاية وقد رأى الأمام أن القياس طريقة إجراء القولين وخالف ما نقله عن والده قال اذ لا يلوح فرق بينها وبين الغراس والأبنية وقول ابن الرفعة بأن مدة بقاء اصولها قد تعلم ان سلم معارض بأن بعض الأشجار قد يكون كذلك ولكن تارة تطول مدته وتارة تقصر نعم مقتضى الوجه الذي نقله الرافعي في البنفسج والنجس انه ثبتت ثلاثة أوجه بذلك وان لم يثبت ما عندي إلى الشيخ أبي محمد من جعلها كالزراع (فان قلنا) بأن الاصول لا تدخل في بيع الأرض فهي باقية على ملك البائع والخيرات كلها على ماله الموجودة عند العقد والحادثة والكلام في وجوب تبقيتها كما تقدم في الاشجار (وان قلنا) بظاهر المذهب وأن الاصول داخلية قال صاحب التهذيب فلا يجوز حتى يشترط البائع على نفسه قطع ما هو ظاهر منه لأنه يزيد فيختلط المبيع بغير المبيع وتبعه على ذلك الرافعي ولم يذكر فيه خلافا والذي ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمتولى والقاضي حسين أن البائع يطالب بمجدها في الحال وليس له أن يتركها حتى تباع أو ان الجذاذ لأن تركها يؤدي الى الاختلاط وسكتوا عن وجوب اشتراط القطع في العقد بل زاد الماوردي على ذلك فحكى وجهين في أنه هل ينتظر به تنهاى جذاه (أحدهما) ينظر فاذا بلغ الحد الذي جرت

يفعل سلطه الشرع على أخذه (فان قلنا) بالمعني الأصح انه لم تثبت الشفعة فيما لم ينقسم لأنه يؤمن فيه غرر القسمة وهذا هو الذي أورده في الكتاب (وان قلنا) بالثاني ثبتت الشفعة فيه ويخلف هذا الشرط الثالث وبه قال أبو حنيفة وابن سريج وهذا المذهب الثاني ينسب الى تخريجه واختاره أبو خلف

العادة بجذاه عليه فقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الحدة بكاملها للمشتري قال وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعاً لما أطلع منها وأبر والوجه (الثاني) أنه لا ينظر به كمال جذاه بل يكون للبائع ما ظهر منه وقت العقد وليس له حق في غيره وبه قال أبو إسحاق المروزي ويؤمر بجذاه وإن لم يستكمل ويكون الأصل الباقي وما يستخاف طلوعه بعد العقد تابعاً للأصل وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون للمشتري ولا يكون تبعاً لما أطلع منها وأبر وهذا البناء الذي أشار إليه الماوردي يقتضي أن يكون الصحيح على طريقة أبي حامد الأسفرايني والرافعي أن القلع لا يجب عقيب العقد حتى تتكامل تلك الحدة لأن الصحيح عندنا أن ما طلع بعد البيع تابع لما أبر قبل البيع فيكون للبائع وإن كان الأصح عند الماوردي أنه للمشتري ولا يلزم الشيخ أباحامد أن يقول بأنه لا يجب القطع إلا أن يسلم البناء المدكوره يرق بين الصورتين بأن للطلع حداً وهو نهاية ذلك الحمل الذي أطلع بهضه وأبر وحبرت العادة بالتلاحق فيه بخلاف الرطبة فإنها كلها كالحمل الواحد وقد نص أبو حامد في تعليقه على هذا الفرق لكن في التبعية فقال إن للطلع حداً ينتهي إليه وليس للرطبة حد هذا فرق الأصحاب وفرق من عند نفسه بفرق آخر وهو أن لا منفعة للمشتري في قطع الثمرة والمبائع منفعة في قطعها والرطبة في قطعها فائدة وللمشتري وفي تركها فائدة للبائع لأنها تزيد انتهى وما قاله أبو حامد وصاحب التهذيب والرافعي لم يلاحظوا فيه الوجه الذي نقله الماوردي من أنه ينتظر به تناهي جذاه فإن قلنا به فلا يجب القطع أصلاً هو بتعليقه بمصادم لقول أبي حامد أنه ليس للرطبة حد توجد عليه (وإن قلنا) أنه ليس للبائع إلا ما كان ظاهراً فيجب القطع وأما كونه يشترط شرطه في العقد فقد يقال أنه لا حاجة إلى ذلك لأنه إذا كان القطع واجباً بمقتضى العقد فلا حاجة إلى شرطه فأما إنما يشترط القطع في الثمار لأن مقتضى الإطلاق فيها الإبقاء وهذا هو الأقرب إلى كلام الروياني فإنه قال إذا باع الأرض مطلقاً وهنالك بيت ظاهر فهو للبائع بالإطلاق العقد وعلى البائع نقله في الحال وهكذا عبارة صاحب التتمة وغيره ويحتمل أن يقال لا بد من شرط القطع كما أنه لا بد من شرط القطع في بيع الثمرة التي يعلم أنها تتلاحق وتختلط على ماسيأتي ولا يفرق بين اختلاط المبيع بغيره وبين اختلاط ثمرة المبيع بدليل أن الحكم مطرد فيما إذا باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بغيرها إلى الطريقة الصحيحة الآن يقال إن الثمرة هي المقصود الأعظم من الشجر أو كل المقصود وأما أصل الرطبة الموجود في الأرض فليس هو كل المقصود من

الأسلمى والقفاني الروياني ومنهم من يجعل هذا الخلاف قواين ويقول الجديد منع الشفعة وهو ظاهر المذهب كيف فرض الخلاف وعن مالك وأحمد اختلاف رواية فيه أيضاً والظاهر المنع والمراد من المنع ما إذا طالب أحد الشريكين قسمته أجبر لآخر عاينها في ضبطه ثلاثة أوجه (حدها) أنه الذي لا تنقص

الأرض ولا معظمة وسأجمع ان شاء الله هذه المسائل جملة في آخر الباب عند الكلام فيما اذا باع ثمرة يعلم اختلاطها بغيرها وقد انتظم في هذه المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجب شرط القطع في العقد وهو ما قاله البغوي والرافعي (والثاني) لا يجب ولا يكلف به إلا أن تتكامل الجدة فتكون كلها للبائع (والثالث) ان البائع يكلف القطع حل العقد ولا يقول ان شرط ذلك واجب في العقد وهو مقتضى كلام أبي حامد وأبي الطيب والمتولي والرويانى فان لم يجد البائع حتى زادت في ملك المشتري واختلطت فيخرج على القولين في الاختلاط قاله الفوراني والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ بني الماوردي على الوجهين الذين ذكرهما ما إذا كان الزرع بذراً لم يظهر بعد قال فمن انتظر بها تنهاى الجذاز جعل ما ينبت من هذا البذر أول جذة للبائع ومن لم ينتظر به التناهى وجعل حق البائع مقصوراً على ما ظهر جعل البذر وجميع ما يظهر من نباته للمشتري ولك أن تقول الموجب لا انتظار تنهاى الجذاز كونه ملك الظاهر وتبعية الباطن من تلك الجذة للظاهر منها وهذا المعنى مفقود فيما إذا لم يكن ظهر منها فينبني الجزم بأنها تكون للمشتري كالثمرة غير المؤبرة لكن هذا الوجه مع بعده وغرابته هو مقتضى كلام الشافعي في الام إذا قال وان كان البائع قد أعلم للمشتري أن له في الأرض التي ابتاعها بذراً سماه لا يدخل في بيعه فاشترى على ذلك فلا خيار للمشتري وعليه أن يده حتى يصرم فان كان مما ينبت من الزرع تركه حتى تصرمه ثم كان للمشتري أصله ولم يكن للبائع قلعها ولا قطعها وان عجل البائع ففعله قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يده يستخلف وهو لمن وجد ثمرة غضة فليس له أن ينتظر أخرى حتى يبلغ لأنه لم يكن له ما خرج منه الا مرة واحدة فيعجلها ولا يتحول حقه في غيرها بحال ولذلك اطلاق صاحب التنبيه في قوله والجذة الأولى للبائع يشمل بعمومه ما اذا كان منها شيء ظاهر وما اذا لم يكن وظن ابن الرفعة أنه لا قائل بذلك من الاصحاب بعد محكاية نص الشافعي كانه لم يقف على الخلاف الذي حكاه الماوردي فاذا نص الشافعي واطلاق صاحب التهذيب موافق للوجه الذي حكاه الماوردي وليس لقائل أن يحتل النص المذكور على ما اذا اشترط البائع واستثنى ذلك لنفسه كما دل عليه أول كلام الشافعي لأنه لو كان كذلك واشترط البائع البذر لنفسه كانت الاصول وكل جذة تحصل له وقد صرح الشافعي بعدم ذلك وانه ليس إلا الجذة الأولى فان تعسف متعسف وحمله على ما اذا اشترط البائع ان الجذة الأولى له ففيه نظر

القسمة قيمته بقصافا فاحشاحتي لو كانت قيمة الدار مائة ولو قسمت عادت قيمة كل نصف الى ثلاثين فلا تقسم لما فيها من الضرر (وثانيها) أنه الذي يبقى منتفعا به بعد القسمة بوجه ما أماما لا يبقى منتفعا به بحال اما لضيق الحطة او قلة النصيب او لأن أجزاءه غير منتفع بها وحدها كما سراب القنا فلا يقسم (واصحها) أنه الذي إذا قسم أمكن أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة ولا عبرة بما كان لا انتفاع به من وجهه.

يحتمل أن يقال بالصحة كما لو استثنى الثمرة غير المؤبرة ويحتمل أن يقال بالنساق فانه قد لا يتميز حق البائع من حق المشتري بخلاف الشجر مع الثمر فانهما متميران وبالجملة فالوجه المذكور ضعيف غريب والصحيح المشهور أن البذر وجميع ما يظهر من المشتري ومن الواضح أن صورة المسألة فيما نتكرر ثمرته والله أعلم *
﴿ فرع ﴾ باع الأرض وفيها البقول المذكور بعد جذها فليس على الأرض منها شيء ظاهر
يقال انه للبائع وما في بطنها من العروق جزم القاضي أبو الطيب بدخوله في البيع وذلك بناء منه على أن الشجر يدخل في البيع فالطرق الجارية فيه وفي أصول البقول إذا كان منها شيء ظاهر جارية هنا من غير فرق وأما الوجهان اللذان ذكرهما الماوردي في البذر وتكلمت عليهما آتفاً فالقياس إجراؤهما هنا أيضاً وإن كان الأصلح أن ذلك للمشتري لانه ليس ثم شيء ظاهر يستتبع مالم يمس بظاهر *
﴿ فرع ﴾ إذا كان في الأرض أشجار خلاف يقطع من وجه الأرض كل مدة قال صاحب التمهيد حكمها حكم القصب الفارسي وقال الرافعي حكمها حكم القصب والمراد واحد وهو أن حكمها حكم القسم الثاني الذي فرغنا منه (أما) إذا كان فيها جذوع خلاف عليها قوائم فهي بمنزلة أغصان سائر الأشجار *

﴿ فرع ﴾ إذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهراً عند العقد من البقول (إما) على ما اختاره الرافعي رضي الله عنه من وجوب شرط القطع (وإما) على الوجه الثالث قال صاحب التتمة ثم الرافعي عنه أنه لا فرق بين أن يكون ما ظهر قد باع أو أن الجذ أو لم يكن وأطلق ذلك الحكم من غير تفريع لانهما لم يذكر الوجه الثاني الذي ذكره الماوردي واستثنا من ذلك القصب فانه لا يكاف قطعه إلا أن يكون ما ظهر قدراً ينتفع به وكذلك قال الشيخ أبو حامد القصب الفارسي إذا كان البائع لم يلزمه نقله وتحويله إلى وقت قطعه في العادة وهو زمان الشتاء فإنا إن قطع قبل ذلك الوقت تلف ولا يصلح شيء وكذلك الروياني والجرجاني قالان إن البائع يمكن حتى يقطعه إذا جاء وقته لأن له وقتاً يقطع فيه ولك أن تقول إشكالا على الرافعي انه إذا كان البيع يجب فيه شرط القطع فاما أن يكون ذلك عاماً فيما ينتفع به وما لا ينتفع به أو لا فان كان عاماً فيجب الوفاء به وإن كان محله فيما ينتفع به فلا وجه لاستثناء القصب وحده بل كل ما لا ينتفع به والقول بوجوب شرط القطع فيما لا ينتفع به بعيد ألا ترى أن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح إنما يجوز بيعها بشرط

آخر للتفاوت العظيم بين أجناس المنافع * إذا عرفت ذلك فلو كان بينهما طاحونة أو حمام أو نهر أو بئر فباع أحدهما نصيبه نظر إن كانت الطاحونة كبيرة يمكن أن تجعل طاحونتين لكل واحد حجيران والحمام كثير البيوت يمكن أن يجعل حمامين أو كبير البيوت يمكن جعل كل بيت بيتين والبئر واسعة يمكن أن يبني فيها فتجعل بئرين لكل واحدة يياض يقف فيها المستقي ويلقى فيه ما يخرج

القطع إذا كن القطوع ما ينتفع به (فان قلت) ذلك لأن المنفعة شرط في المبيع والمقطوع هنا غير مبيع (قلت) لكنه فيه إضاعة مال فيمتنع شرطه لذلك نعم قد يقال إن هذا يجب قطعه وان لم يشترط لأنه يصير في ملك المشتري على أصله فلا يلزمه إبقاؤه وإذا لم يلزم فيجوز اشتراط قطعه وفوات مالهته مقابل لما يحصل للبائع من ثمن المبيع فقد يكون له غرض في اغفار ذلك بازائه وهذا الاشكال (الثاني) بعينه لازم لصاحب التتمة والشيخ أبي حامد لكن الشيخ أبا حامد ليس في كلامه تصريح بقصر ذلك على القصب فلمعه يقول به في كل ما لا ينتفع به إذا قطع بخلاف صاحب التتمة فان ظاهر كلامه الفرق بينه وبين الزرع في ذلك وقد يؤخذ من كلام أبي حامد المقدم جواب عن ذلك من قوله إن لقصب وقتاً يقطع فيه فان ذلك يقتضي تشبيهه بالزرع الذي يجب إبقاؤه لما قدمه الروياني في الفرق من المعنى أن له وقت نهاية والرطبة ليس لها وقت نهاية لكن ذلك بعيد لأن كلاماً من الرطبة والقصب الفارسي له وقت يؤخذ فيه في العادة ويزيد بعده بخلاف الزرع التي بعد وقت أخذها لاتزيد شيئاً والله تعالى أعلم *

(فرع) من البقول ما يبقى أصله سنين وهو الذي تجرى فيه الأحكام المقدمة ومنه ما يبقى سنة واحدة يجيء مدة بعد مدة في السنة قال الشيخ أبو حامد حكم هذا عندى حكم الزرع كله للبائع إلا أن يشترط المبتاع فهذا ذكره الشيخ أبو حامد في هذا القسم الثاني وهو ما يحد مرة بعد أخرى وذكر الماوردي في نظيره من القسم الأول وهو ما يحد مرة بعد أخرى لكن في عام واحد كلبطبخ والخيار والقثاء ذكر فيها وجهين (أحدهما) وهو قول البغداديين أنه في حكم الشجر فيكون للبائع من ثمرته ما قد ظهر وللمشتري الأصل وما يظهر (والوجه الثاني) وهو قول البصريين أنه في حكم الزرع فيكون للبائع أصله وثمره لأنه زرع عام واحد وان تفرق لقاط ثمره والشجر ما بقي أعواماً والحق به ما بقي أعواماً كالعلف ولم يلحق به ما بقي عاماً واحداً والروياني جزم القول فيما يحد دفعة بعد أخرى بالتسوية بين ما يبقى مدة يسيرة كالهندبا والجرجير وما يبقى سنين ومقتضى كلامه أن ذلك منصوص عليه في الأم وحكى مع ذلك ما نقله الماوردي *

(فرع) ظهر لك مما تقدم أن الأقسام فيما لا يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة (الأول) أصل له ثمرة بعد ثمرة وأصله يبقى سنين في الأرض (الثاني) أصل له ثمرة بعد ثمرة يبقى عاماً واحداً (الثالث) أصل

منها ثبتت الشفعة فيها وان لم يكن كذلك وهو العالب في هذه العقارات فلا شفعة فيها على الاصح وهذا جوابه على أصح الوجوه في معنى النقص أما إذا اعتبرنا بقاء منفعة ما كفي ان يصلح لكل سهم من الحام بعد القسمة للسكنى فان اعتبرت القسمة لم ينح حكمه * ولو اشترك اثنان في دار صغيرة

له ثمرة لكنه يجذ مرة بعد أخرى ويبقى أصله سنين في الأرض (الرابع) أصل يجذ مرة بعد أخرى في عام واحد وهذا هو الذي نقلته فيما تقدم عن الشيخ أبي حامد وما ذكره الماوردي في القسم الثالث من الخلاف يأتي فيه إذ لا فرق بينهما والله أعلم * وهذه الأقسام الأربعة كلها في القسم الأول من القسمين اللذين ذكرهما المصنف وبذلك تعرف مراتب الأمثلة التي ذكرها فالبنفسج والزرع من القسم الأول والبطيخ والقثاء من القسم الثاني والنعنع والهندبا والرطوبة منه ما يبقى سنين في الأرض فهو من القسم الثالث ومنه ما يبقى سنة واحدة كقرط بلادنا وكثير من بقولها فهو من القسم الرابع والله عز وجل أعلم *

(فرع) الموز أصله لا يحمل إلا سنة واحدة ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخا يحمل بعد ذلك فإذا باع الأرض وفيها شجر موز فلا شك أنه إذا كان عليه ثمرة يكون الثمر للبائع فقد مر ذلك في كلام المصنف والكلام ههنا في أن أصل الموز نفسه هل يدخل في بيع الأرض كما يدخل الشجر أولا وقد تقدم عن صاحب التهذيب أنه عده في القسم الأول وأن الأصول تدرج على أصح الطرق كالشجر وكأنه رأى أن اسم الشجر يطلق عليه فلذلك أجرى عليه حكمه والذي قاله الماوردي أن الأصل الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزراع لأنه لا يبقى بعده ثمرة والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل في البيع (قلت) وقوله إن الفرخ يدخل في البيع إن فرض في فرخ يحدث بعد البيع فلا معنى لتشبيهه بالشجر ولا يقال إنه دخل في عقد البيع بل ذلك كسائر ما يحدث يستحقه المشتري بحكم الملك لا بحكم الدخول في العقد وإن فرض في فرخ يكون حاصلا عند العقد فقد يقل ينبغي على قوله أن لا يدخل لأنه لا يبقى لأنه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزراع وقد قال الشافعي في الأم بعد ذكر بيع الأرض وفيها القصب إذا باع أرضا وفيها موز قد خرج فله ما خرج من الموز قبل بيعه وليس له ما خرج مرة أخرى من الشجر الذي تحت الموز وذلك أن شجر الموز عندنا يحمل مرة وينبت إلى جنبها أربع فيقطع ويخرج في الذي حولها وهذا الكلام محتمل لأن يكون المراد به أن ثمر الموز الموجود عند العقد للبائع وما يحدث بعده للمشتري وهذا صحيح لا إشكال فيه وليس فيه ما يشهد لما قاله الماوردي ولا لما قاله صاحب التهذيب فإن سألت عن حكم الشجرة نفسها على هذا التفسير ويحتمل أن

لاحدما عشرها وللآخر باقيا فان حكمنا بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم فإيهما باع نصيبه فلصاحبه الشفعة وإن حكمنا بمنعها فان باع صاحب العشر نصيبه لم يثبت لصاحبه الشفعة لأنه آمن من أن يطلب مشتريه القسمة لأنه لا فائدة له في القسمة وبمقدور أن يطلب فلا يجاب لأنه متعنت مضيع ماله وإذا كان كذلك فلا ياجبه ضرر قسمه وإن باع صاحب النصيب الاوفر نصيبه ففي ثبوت الشفعة لصاحب

يكون مراده به الشجرة نفسها وان كان خارجا منها يكون للبائع وما نبت من فراخها يكون للمشتري فيوافق كلام الماوردي وهو الذي فهمه ابن الرفعة ولم يترجح عندي هذا الاحتمال علي الذي قبله لكنه يؤخذ من كلام الشافعي أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري لقوله إن ماخرج مرة أخرى ليس للبائع فان كان مراده الفرخ فذاك وان كان المراد ثمرته فيلزم من كون الثمرة للمشتري أن يكون الاصل له وهذا لا شك فيه في أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري واذا ثبت ذلك دل على أن أصل شجر الموز الذي هو مستقر في الارض يدخل في بيعها لان الفرخ الذي حكمنا بكونه للمشتري يثبت منه (وأما) الفرخ الموجود وقت العقد وهو يذنبني علي الاحتمالين اللذين ذكرتهما في كلام الشافعي رضى الله عنه في قوله فله ماخرج من الموز قبل بيعه إن كان مراده الثمرة فلا دلالة فيه وان كان مراده الشجرة نفسها فيشمل الأم وفراخها وكلام الجوزي يشهد للتفسير الأول فانه قال في معرض نقل كلام الشافعي فان باعه أرضا وفيها موز للبائع ماخرج من الموز وليس له ما يخرج بعد ذلك ولما لا يخرج أولاده التي الى جنبه فقوله ولا ماخرج أولاده يدل على أن الكلام في الثمرة فان احققنا ذلك بالربطة اقضي أن لا يدخل شيء بما ظهر في البيع لا الأم ولا فراخها كما ذلك مقتضى هذا الاحتمال ولذلك لا تجوز المساقاة عليه جزما كما يقتضيه كلام الماوردي في باب المساقاة وان الحقتاه بالشجر اقتضى دخولها وقد يقال تلحق الام بالربطة لقرب قطعها وأما الفرخ فانه يقصد بقاءه حتي تقطع الأم ويكبر وتحدث ثمرته بعد ذلك فكذلك يقول ان الفرخ يدخل لشبهه بالشجر في كونه مقصود البقاء والأم لا تدخل كما يقتضي ذلك كلام الماوردي فنظرت في هذه الاحتمالات الثلاث أيها أرجح فوجدت أرجحها على مقتضى المذهب أنهما يدخلان الأم والفراخ كما قاله صاحب التهذيب فان الذي بلغني من حال الموز من له فيه معرفة يخالف حال الربطة فان شجرة الموز ينبت الى جانبها من أصلها فراخ فاذا تكامل حمل الشجرة الاصلية قطع عرجون الموز مع شيء من رأس الشجرة ويبقى بقيتها لأجل تربية الفرخ وانه متى قطعت كلها يموت الفرخ فتبقى لأجله حتى يتكامل الفرخ وتجف هي وتنساقط بنفسها الى الارض فيخلفها ذلك الفرخ ويطرح الموز وهكذا على الترتيب لا بد من بقاء الأم لتربية أولادها ولا يبتون من أولادها الا واحداً ويقطع الباقي اثلا يضر بامه ويشرب ماءها* فاذا علمت

العشر وجهان بناء على أن صاحب النصيب الاوفر هل يجاب اذا طلب القسمة لأنه منتفع بالقسمة (والظاهر) انه يجاب ولو كان حول البئر بياض وأمكنك القسمة بأن نجعل البئر لواحد والبياض لآخر ليزرعه أو يسكن فيه أو كان موضع الحجر في الرحا واحداً ولكن لما نبت يصلح لغرض آخر وأمكنك القسمة بأن يجعل موضع الحجر لواحد وذلك البيت لآخر ليزرعه فقد ذكر جماعة من

أن شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها لافساد فرخها وإن فرخها لا ينتج بدونها ظهر لك الفرق بينها وبين الرطبة فإنه لو قلنا للبائع أن يقطع ما ظهر من الموز ويبقى الجذر في الأرض وحده لم ينبت بعد ذلك منه شيء لم ينتفع به المشتري فلا يمكن القول بعدم دخولها في البيع لذلك ولذلك لا يمكن القول بعدم دخولها في الام ودخول الفرخ لأنه كان يكون للبائع قطع الأم فيتلف الفرخ فلا بد من ابقائها وهو قول صاحب التهذيب والله أعلم * والظاهر أن مراد الماوردي بالفرخ الذي يكون للمشتري ما حدث بعد البيع وقد يطلق على مثل ذلك أنه داخل في العقد توسعاً في العبارة ووقع في كلام الماوردي أن الفرخ يحمل في العام القابل وقد أخبرني بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يقيم سنة بل تارة تكون أقامته شهرين وتارة أكثر من ذلك فلعل مراد الماوردي بالسنة المدة التي تبقى فيها كما يقال سنة الزرع وإن كان لا يراد حول كامل وقد ظهر أن الموز نوع غريب لم يشمل التقسيم لأن له أصلاً ثابتاً ولا يحمل الأمرة ويستمر جذره في الأرض سنين ولا يجذ كالرطبة والله أعلم *

(١) يياض بالأصل

﴿ فرع ﴾ لو كان في الأرض جزر أو سلق أو ثوم أو فجل أو بصل قال صاحب التهذيب لا يدخل شيء منها في بيع الأرض يعني ويكون ذلك من حكم التقسيم الذي سيأتي وهو الزرع الذي لا يحمل الأمرة وكذلك الرافعي لأنه لم يذكر البصل ولوباع أرضها جزر أو فجل يجزرها ويخلها تغل الماوردي عن الأفصح وجهين (أحدهما) لا يجوز (والثاني) يجوز تبعاً *

﴿ فرع ﴾ هذه الأحكام التي تقدمت كلها فيما إذا أطلق البيع أما لو باع الأرض وشرط ذلك للمشتري ما يحدد مرة بعد أخرى كالقول فللمشتري الفروع والعروق قاله صاحب التتمة وفرق بين هذه حيث يقول عند الإطلاق لا يدخل ما ظهر منها وبين الشجر بأن هذه لا تتراد للدوام وهي نماها ظاهر فصارت كالثمره المؤبرة والشجرة تتراد للدوام فاستوي فرعها وأصلها وصار الجميع للمشتري (القسم الثاني) من كلام المصنف وهو الثالث من التقسيم الذي ذكرته أولاً لا يحمل الأمرة كالخنطة والشعير والبقا والكتان فلا خلاف أنه لم يدخل في الأرض إلا بالشرط لما ذكره المصنف والطاع المؤبر الذي جعله مقياساً عليه ثبت حكمه بالحديث المتقدم «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» ^(١) وقوله نماها ظاهر احتراز من الطاع الذي لم يؤبر (وقوله) لا يراد لبقاء احتراز من الفراس إذا قلنا يدخل في بيع الأرض على ظاهر المذهب

الاصحاب أن الشفعة تثبت وأن البئر والحالة هذه من المنتقسات وهذا جواب على جر يان الاجبار في هذا النوع من القسمة وفيه خلاف على أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة (وقوله) في الكتاب وبئر الماء ليس مذكوراً للتقييد بل بئر الماء وسائر الآبار في الشفعة واحدة (وقوله) إلا باطل منفعته المقصودة إشارة إلى الوجه الاصح في ضبط المنتقم

والرافعي رحمه الله اقتصر على التعليل بعدم الدوام والثبات قال الماوردي (فان قيل) الثمرة قبل التأخير مستبقة
لكامل المنفعة لم تبني وهي داخلة في البيع فهلا كان الزرع مثلها (قيل) الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقة
الاصل المبيع والزرع مستودع في الارض بفعل الآدمي ألا ترى أن الأرض يدخل فيها المعدن لانه خلقة في
الارض ولا يدخل فيها الركاز لأنه مستودع فيها * واعلم ان الترجمة عن هذا القسم تشمل الموز لانه نبات
لا يحمل الامرة واحدة لكن لا فائل بأن جذره الثابت في الارض لا يدخل بخلاف الحنطة والشعير
فالمراد حينئذ بهذا القسم ما لا يحمل الامرة وليس له أصل ثابت في الارض وبذلك يخرج الموز فان له
أصلاً ثابتاً منه تنبت الفراع وعلي هذا ينبغي أن يقال في القسم الحاضر النبات اما أن يكون
له أصل ثابت في الارض أولاً فالاول اما أن يكون يحمل مرة واحدة كاللوز أو مرات فأما في عام واحد
كالبطيخ أو في أكثر كالرطبة وسائر ما يجذ ويثمر مرات والذي لا بقاء لاصله هو الزرع كالحنطة
والشعير وشبههما أو تقول النبات اما أن يثمر ويحذر مرات أو مرة واحدة فالاول اما في عام واحد
أو في أعوام والثاني اما أن يبقى أصله كاللوز أو لا يبقى كالحنطة والشعير *

* قال المصنف رحمه الله *

(وفي بيع الارض طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان لانها في يد البائع الى ان يحصد
الزرع فكان في بيعها قولان كالارض للمستأجرة ومنهم من قال يصح بيع الارض قولاً واحداً لان
المبيع في يد المشتري وانما يدخل البائع للسقي أو الحصاد فجاز بيعه قولاً واحداً كالامة المزوجة) *

(الشرح) الطريقان مشهوران والاولى منسوبة الى أبي اسحق المروزي وجمهور الاصحاب
على الطريقة الثانية وهي التي صحها الرافعي وغيره وقاسوها على بيع الدار المشحونة بأمتعة البائع وعلى
بيع الأمة للزوجة وفرقوا بينها وبين الدار المستأجرة بأن يد المستأجر حائلة بكل حال فكان كما لو أجز
أتمه ثم باعها بطل البيع على أحد القوانين ولو زوجها ثم باعها صح البيع قولاً واحداً وذكر الشيخ أبو حامد
أن الاصحاب فرقوا بفرقين آخرين لا يتصححان لم نذكرهما ورد الجمهور طريقة التخيير على القولين بأنه
لو كان في معنى تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لأن مدة بقاء الزرع مجهولة ألا ترى أن بيع الدار
التي استحققت للمعدة سكانها إذا كانت العدة معلومة كالاشهر فيها قولان وإذا كانت مجهولة كالحمل
والاقراء بطل قولاً واحداً وذكر ابن الرفعة سؤالاً قد يعترض به على هذا وهو أن لأبي إسحق

(وقوله) إلا شفعة فيها علم - بالحاء والواو - ويمكن أن يعلم - بالميم والألف - لاحدى الروايتين عنهما (وقوله) إذ
ليس فيها ضرر مؤنة الاقسام الى آخره معناه أن هذا هو مقتضى الشفعة في المنقسم وأنه غير موجود
واعلم أنا لو قدرنا ثبوت الشفعة هناك لمجموع المعنين يلزم المنع في غير المنقسم أيضاً لانقاء أحد المعنين *

أن يقول مدة الزرع وان لم تعلم يقيناً فالعرف الغالب يضبطها فان فرض مخالف فنادر وزمنه يسير مغتفر والمنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر بل لأنها قد تموت فتكون المنفعة عائدة للمشتري ولهذا نقول على طريقة قاطعة لا يصح وان كانت عدتها بالأشهر وهذا السؤال مندفع بمن لها عادة مستقيمة في الأقراء والحل فانه لا يصح بيع الدار التي استحققت سكنها للعدة وان كانت العادة تضبطها فلما لم يغتفر ذلك كذلك لا يغتفر مثله في مدة الزرع (وقوله) ان المنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر إلى آخره لا يحسن فان الكلام إنما هو في القطع بالفساد ولا يجوز أن تكون العلة في ذلك ما ذكره ولا لقطعنا بالفساد في دار المعتدة بالأشهر فستند القطع بالفساد في دار المعتدة بالأقراء والحل وعدم إجراء الخلاف فيه إنما هو الجهالة (وأما) قوله ان المنافع تكون عائدة للمشتري فاعلم أن المنقول في توجيه الطريقة القاطعة التي ذكرها أن منفعة الدار المعتد فيها ليست مملوكة للمعتدة فانه لومات كانت منافعها للزوج فيكون إذا باعها كمن باع داراً واستثنى منفعتها لنفسه مدة معلومة والظاهر فيه البطلان والذي يليق بهذه الطريقة إذا صححنا بيعها أن تكون المنافع باقية على ملك الزوج إن كان مطلقاً أو ورثته إن كان ميتاً فاذا ماتت المعتدة بقيت منافع بقية المدة من الأشهر على الزوج أو ورثته ولا تكون للمشتري وإنما تكون للمشتري لو نزلنا استحقاق المعتدة منزلة استحقاق المستأجر فحينئذ يحجى فيه الخلاف المذكور فيما اذا عرض ما يفسخ الاجارة هل تكون منفعة بقية المدة للمشتري أو للبائع فيه وجهان فقد تبين أن السؤال المذكور غير متوجه والله أعلم * (فان قلت) الحاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالأمتعة غير متبجح لامكان الاشتغال بتسليم الدار عقيب العقد ووجوب ذلك فالمنفعة مستحقة للمشتري في تلك المدة بخلاف مدة بقاء الزرع والحاقها بالامة المزروعة أيضاً غير متبجح لأن الأمة المزروعة يمكن تسليمها الآن ووضع اليد عليها بخلاف الأرض المزروعة فان التخلية التامة مع وجوب ابقاء الزرع غير حاصلة فوجب اما القطع بالبطلان الحاقاً بالدار المعتدة ولا قائل به واما اجراء الخلاف الحاقاً بالعين المستأجرة كما قال أبو اسحاق (قلت) شرط الحاق مسألة بأخرى اشتراكهما في مناط الحكم مع عدم الفارق ولا يكفي الاشتراك فيما ليس مناط الحكم في الاصل ولا شك أن بين المسائل الخمس قدراً مشتركاً من جهة عدم حصول ملك المنفعة للمشتري عقيب العقد ولما

﴿ فرع ﴾ شريكان في مزارع وبئر تسمتي منها باع احدهما نصيبه منها ثبتت للآخر الشفعة فيها اذا انقسمت البئر او قلنا بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم والا فنثبت في المزرعة وفي البئر وجهان (احدهما) تثبت كالتثبت في الاشجار تبعاً للاراضي (وأصحها) المنع لان الاشجار ثابتة في محل الشفعة والبئر مباينة عنه *

اتفقوا على صحة بيع الأمة المزوجة دل على أن ذلك غير مقتضى لأبطال البيع وان مأخذ البطلان ليس هو عدم حصول المنفعة للمشتري بل عدم القدرة على تسليم العين لثبوت يد المعتدة والمستأجر الحائلتين بين المشتري وبينها وأما الأرض المزوجة والدار المشحونة والأمة المزوجة فثلاثها مشتركة في انه لايد حائلة فالمقتضى البطلان اذا أجرى فيه لعدم اشتراكهما في مناط الحكم والارض المزوجة لها شبهة من كل من الدار المشحونة والأمة المزوجة تشبه الدار المشحونة من جهة أن لكل منهما امداً ينتطرو ويقتزمان في الاشتغال بالتسليم عقيب البيع في الدار دون الأرض وتشبه الأمة المزوجة في أن كلا منهما يستحق فيه استيفاء ملك المنفعة على المشتري ولا يجب ازالتهما عقيب العقد ويقتزمان في ان الزرع له غاية بخلاف النكاح فلذلك حسن قياسها عليها وقياسها على الأمة أرجح كما فعل المصنف فإنه قد يقال ان منفعة الدار في مدة التفريغ مستحقة للمشتري ولذلك وجب على البائع تفريغها فلم يكن المبيع مسلوب المنفعة بخلاف الأمة المزوجة والارض المزوجة فان منفعتيهما غير مستحقتين للمشتري مدة بقائهما ولم أعلم أحداً حكى في صحة بيع الدار المشحونة بالامتعة خلافاً وذكروا الطريقتين في الارض المزوجة قال الامام ولاشك أن القياس يقتضى التسوية بينهما اذلا فرق ويمكن ان نقول ما ذكرناه من تخصيص الخلاف بالارض المزوجة وحكى الامام في أن المشتري اذا كان جاهلاً بان الدار مشحونة هل يثبت له الخيار وجهان والمذهب ثبوته أما الارض المزوجة فيثبت الخيار جزماً عند الجهل سواء قلنا ان تسليمها يمكن أم لا لعدم امكان الانتفاع بها في الحال الآن يختار البائع قلع الزرع ويكون غير ضار بالارض فلا خيار كما سيأتى الوجه الذى نقله الامام في عدم ثبوت الخيار في الدار المشحونة بالامتعة وان الغالب في العادة اشمال الدار على امتعة ثم انها تفرغ بعد ذلك والله أعلم *

﴿ التفريع ﴾ بائع الأرض المزوجة إذا خلى بينها وبين المشتري فهل يحكم بصيرورتها في يده فيه وجهان (أحدهما) لأنها مشغولة بملك البائع كالدار المشحونة بالامتعة (وأصحها) على ما ذكره الامام والغزالي والرافعي نعم لحصول التسليم في الرقبة وهى المبيعة وأما الدار المشحونة فالتسليم فيها متأت في الحال فلا حاجة تدعو إلى التخلية قبله على أن الامام أورد فيها وجهاً أن اليد لا تثبت فيها بخلاف الأرض

قال ﴿ الركن الثانى الآخذ وهو كل شريك بالملك * فلا شفعة (ح) للجار عندنا وان كان ملاصقاً (و) * وتثبت للشريك وان كان كافراً * فان شارك بحصة موقوفة وقلنا لا يملك الموقوف عليه فلا شفعة * والا فهو بناء على أنه هل يجوز افرار الوقف عن الملك * والشريك في الممر المنقسم يأخذ الممر بالشفعة ان كان للمشتري طريق آخر الى داره * والا فيأخذ بشرط أن يمكن من الاجتياز * وقيل يأخذ وان لم يمكن * وقيل لا يأخذ وان يمكن ﴾ *

وجعل في المسألتين ثلاثة أوجه وادعي أن ظاهر المذهب ثبوت اليد فيهما وحكاه غير الامام أيضاً وحكى الغزالي في البسيط وجها أن اليد تثبت في الدار ولا تثبت في الأرض فيجتمع من نقله ونقل الامام أربعة أوجه ووجه الفرق على الوجه الحكيم في البسيط أن التشاغل بالتفرغ يمكن فنزل الممكن الذي لا عسر فيه منزلة الموجود قال ابن الرقعة ولعل القائل بأنه لا يحصل التسليم هو أبو إسحق الروزي فلا يصح إبطال مذهبه يعني في البيع إلا باقمة الدليل على صحة القبض وهذا الوجهان في صحة تسليم الأرض المزروعة وتؤخذان من لفظ الكتاب فإنه ذكر في تعليل الطريقة الأولى أنها في يد البائع وفي تعليل الثانية أن المبيع في يد المشتري وقد يقول النقيه هذان التعليلان متضادان (والجواب) أن ذلك يحتل إذا كان في أحد الكلامين زيادة كافي هذه الصورة فإن في تعليل الطريقة الثانية ما ينه على دفع خيال التعليل الأول وتبين أن قوله أنها في يد البائع ليس كذلك لأن المبيع هو العين والعين في يد المشتري ودخول البائع لأجل السقي والحصاد المتعلقة بالزراعة خاصة لا يمنع ثبوت اليد على العين والله أعلم ﴿ تنبيه ﴾ من قل بصحة تسليمها مزروعة لاشك أنه يقول بدحة البيع ومن لم يقل به يحتمل أن يقول بتخريجها على العين المستأجرة كما قال أبو إسحق ويحتمل أن يحزم بالصحة ويفرق بما تقدم من أن العين المستأجرة عليها يد حائلة والأرض المزروعة في يد بائعها لكنه قد يكون الزرع لغير البائع وهو مستحق الإبقاء فيساوي يد الاجارة *

﴿ فرع ﴾ لو انقطع الزرع قبل المدة لحاجة أو جذه البائع قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم الأرض وليس له استبقاء الأرض ما بقى مدة الزرع لأنه إنما يستحق من الأرض ما كان صلاحاً لذلك الزرع قاله الماوردي والأصحاب ولو كان الزرع مما لوجذ قبل حصاده قوى أصله واستخلف وفرخ كالذخن

فقاه الركن صور (أحداها) أنه لاشفعة للجار ملاصقاً كان أو مقابلاً وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة للملاصق الشفعة وكذا المقابل إذا لم يكن الطريق بينهما نافذاً لما مروى أن النبي ﷺ قال « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة »^(١) وعن ابن سريج تخريج قول كذهب أبي

(٣) ﴿ حديث ﴾ الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة الشافعي عن سعيد بن سالم عن بن حريج عن أبي الزبير عن جابر بهذا ورواه عن مالك عن الزهري عن ابن المسيب مرسلًا وهو في الموطأ كذلك ووصله عن مالك ابن الماجشون وأبو عاصم وغيرهما بذكر أبي هريرة فيه ورواه ابن جريج وابن إسحاق عن الزهري عن سعيد وأبي سلمة عن أبي هريرة وإنما كان ابن شهاب يرويه عن أبي سلمة عن جابر وعن سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا بين ذلك كله البيهقي ووصله الشافعي عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر *

فجذه قبل حصاده كان له استبقاء الأصل الباقي إلى أوان الحصاد لانه من جملة ذلك الزرع وليس له استيفاء ما استخلف وفرخ بعد الحصاد لانه غير ذلك الزرع وعلى البائع قلعه ولا يملكه المشتري كما يملك أصل القلت الذي يجذ مرة لأن القلت أصل ثابت والزرع فرع زائل واستخلاف بعضه نادر قال ذلك الماوردي *

(فرع) قال الرافعي كل زرع لا يدخل في البيع لا يدخل وان قال بعت الأرض بمقوقها يحكى ذلك عن الشيخ أبي حامد قال الرافعي ورأيت لمصور التميمي في المستعمل أيضاً (قلت) وقد رأيت ذلك في تعليق أبي حامد في بيع القرية أنه إذا هل بزارعها دخلت المزارع وان قال بمقوقها لم تدخل المزارع كما ذكره المصنف فيما تقدم (وأما) في الأرض فلم أقف عليه فيها *

(فرع) عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذي له في الحل بل له إبقاؤه إلى أوان الحصاد خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه فعنده منفعة الأرض مستحقة للمشتري فلذلك أوجب القطع وعندنا هي مستحقة للبائع فلذلك لم وجبه وأوجبنا الإبقاء وعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ ويحبر البائع عليه وعليه تسوية الأرض وعليه قلع العروق التي يضر بقاؤها بالأرض كعروق الدرة نص عليه كما اذا كان في الدار المبيعة أمتعة لا يتسع لها باب الدار ينقض وعلى البائع ضمانه هكذا ذكره وجزموا بوجوب التسوية وسيأتي فيه وجه مذكور في مسألة الحجارة عن صاحب التتمة وقياسه أن يأتي هنا (وأما) ضمان النقصان في باب الدار فقال القاضي أبو الطيب في موضع الحجارة ان أمكن تقويم ما نقص من قيمة ما تهدم لزم البائع ذلك وان لم يمكن لزمه تسوية حلقة الباب وقال هنا يحتمل أن يقال يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الأرض وهو مقتضى كلام المحامي والقاضي حسين *

(فرع) لو كان المشتري جاهلاً بالزرع بأن كان رأى الأرض قبل ذلك ثم اشتراها وبها زرع ولم يرها حين العقد فله الخيار في فسخ البيع لان الزرع عيب يمنع منفعة الأرض فان فسخ رجع بالثمن وان أفام فللبائع ترك الزرع في الأرض الى وقت حصاده كما نقوله في الثمرة المؤبرة وسيأتي ذلك ان شاء الله تعالى ولو ضى البائع بتسليم الزرع للمشتري أو قاعه ويكون نفعه غير مضر بالأرض لم يكن للمشتري خيار نص عليه وان كان للمشتري عالماً بالزرع فلا خيار له قاله الماوردي والأصحاب واتفقوا عليه وهذا اذا لم يطراً ما يقتضى تأخر الزرع عن وقت الحصاد المعتاد ولو طراً ما وجب ذلك ففيه كلام أذكره قريباً في فرع وجوب الاجرة *

حنيفة قال القاضي الروياني ورأيت بعض أصحابنا يفتي به وهو الاختيار وذكر الامام أن الشيخ أبا علي لم يثبت ذلك عن ابن سريج وحمل كلامه فيه على أنه لا يعترض في الظاهر على الشافعي اذا قفى

(فرع) في وجوب الاجرة على البائع في مدة بقاء الزرع في الارض ان كان المشتري عالماً فلا أجرة قطعاً وان كان جاهلاً فوجهان عن رواية صاحب التقریب ولذى أورده المعظم أنه لا تجب الاجرة وتقع تلك المدة مستثناة كما لو باع داراً مشحونة بأقشة لا يستحق المشتري الاجرة لمدة التفریغ وهذا ما جزم به الماوردى وخلافه (والاظهر) عند الغزالي والجرجاني الوجوب وجعل الامام محل الخلاف فيما اذا كان جاهلاً قل الروایان انما تجب لأجرة اذا زرعها بعقد الاجارة أو بغير حق وهنا لم يوجد واحد منهما ثم ههنا كلام ان (أحدهما) أن هذا الخلاف هل محله اذا اكتفينا بالتخلية وجعلناها قبضاً أو اذا لم نكتف بها أو هو على الاطلاق قال ابن الرفعة ما ذكر من التعليل يقتضي أن ذلك يختص بحالة عدم الاكتفاء قال والاشبه أن يقال ان اكتفينا بها فالخلاف متوجه وان لم نكتف بها (فإن قلنا) الأجرة لا تجب أو اكتفينا بالتخلية فهنا أولى (وان قلنا) تجب فهنا وجهان مبنيان على أن البائع اذا انتفع بالمبيع قبل قبضه هل تلزمه الأجرة أم لا وفيه خلاف (فإن قلنا) لا لم تجب هنا (وان قلنا) نعم وجبت ولا ننظر إلى أنه ثم متعد ولا تعدى منه ههنا لأن باب الضمان لا يخاف وقل ابن الرفعة انه لولا تعليل الامام يعنى تعليله وجه عدم إيجاب الأجرة بقدرة المشتري على الفسخ لولا هذا التعليل لأمكن أن يقال الوجهان في الرجوع بالاجرة إنما هما قبل التخلية أو بعدها وقلنا انها لا تنكفي ويكونان مبنيين على جنایة البائع فان قلنا كلا جنبي ضمن الأجرة والا فلا قل الامام والخلاف نظائر في الحجارة (قلت) والاشبه أن الخلاف في وجوب الاجرة في مسألة الحجارة مطلق فيما إذا اكتفينا بالتخلية وفيما إذا لم نكتف بها وما أحذه أن تفويت المنافع هل هو كالعيب أم لا بل المنافع مستقلة متميزة عن المبيع كما يشعر به تعليل الامام والغزالي وجه الوجوب في هذه المسألة (فإن قلنا) بالثاني ضمناً مطلقاً ولا أثر للاجازه في إسه طها ولا فرق في ذلك بين أن تقول يكفني بالتخلية أولاً وهذا يوافق الوجه الذى يقول في مسألة الحجارة بوجوب الاجرة قبل القبض وبعده وان جعلنا تفويت المنافع بمنزلة التعيب اكتفت على أن جنایة البائع على المبيع كالألفه السماوية أو كجنایة الأجنبي (إن قلنا) كجنایة الأجنبي ضمنها مطلقاً قبل التخلية وبعدها اكتفينا بالتخلية وجعلناها قبضاً أو إذا لم نكتف بها أو هو على الاطلاق فان كان ذلك قبل التخلية لم تلزمه الاجرة وان كان بعد التخلية فإف لم نكتف بها فكذلك وهذا قول من لا يوجب

له الحنفى بشفعة الجار وهذا شأن مسائل الخلاف فى الاغلب وفى الحل باطناً خلاف (الثانية) الدار اما أن يكون بابها مفتوحاً الى درب نافذ أو الى درب غير نافذ ان كان الاول ولا شركة فى الدار فلا شفعة فيها لاحد ولا فى مرها لأن مثل هذا الدرب غير مملوك وان كان الثانى فالدرب ملك مشترك بين شركائه على ما سبق فى الصالح فان باع نصيبه من الامر وحده فلا شركة الشفعة فيه ان كان منقسماً

الاجرة في مسألة الحجارة مطلقاً وان اكتفينا بالتخلية والفرض أن الزرع الذي هو عيب حاصل قبل القبض فلا تجب الاجرة أيضاً لأنه بالاجارة رضى بذلك فان لم يكن له اجرة كما رضى بالعيب لم يكن له أرض فقد تلخص أن الخلاف في وجوب الاجرة جار مطلقاً اما قبل التخلية أو بعدها إذا لم يكتف بها فمأخذ الوجوب أمران (أحدهما) إلحاق البائع بالأجنبي (والثاني) أن المنافع متميزة عن المقصود فليس تقويتها بمنزلة العيب ومأخذ عدم الوجوب جعلها عيباً وإلحاق تعيب البائع بالآفة السماوية (وأما) بعد التخلية والاكتفاء بها فمأخذ الوجوب أن المنافع متميزة غير معقود عليها كما تقدم أو الحق البائع بالأجنبي ومأخذ الاسقاط جعل تعيب البائع كآفة السماوية فإذا أجاز المشتري سقط حقه من الارش لانه قد رضى بالعيب كذلك هنا إذا أجاز سقط حقه من الاجرة بقية للمدة لأن سببه متقدم قبل القبض وقد رضى به (فان قلت) مقتضى ما ذكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب الاجرة لأن الأصح عند الأكثرين أن جناية البائع كآفة السماوية وقد جزم الرافعي بأن استعمال البائع للمبيع يخرج على جنايته إن جعلناها كآفة السماوية لم تجب والا وجبت فيخرج من ذلك أن الأصح في مسألتنا أنه لا تجب الاجرة لافي مسألة الزرع ولا في مسألة الحجارة لكن قد تقدم في مسألة الحجارة أن الأصح وجوبها بعد القبض وعدم وجوبها قبله وقد تقدم عن الغزالي والجرجاني أنه الأصح عندهما في مسألتنا أيضاً (قلت) أما الغزالي فان الأصح عنده أن جناية البائع كالأجنبي فلا يرد عليه تصحيحه هنا الوجوب فان ذلك موافق وقد قدمنا عن الأكثرين في مسألتنا أن الأصح عدم الوجوب وكذلك تقدم عن الشيخ أبي محمد في مسألة الحجارة (وأما) ما تقدم عن الأكثرين في مسألة الحجارة من تصحيح الوجوب بعد القبض دون ما قبله فالفرق بينها وبين مسألتنا هذه أنه هنا إذا رضى بالزرع لم يزمه إبقاؤه إلى أوان الحصاد فالرضا بالزرع رضا بالبقاء الذي هو من لوازمه وكذلك لا تجب الاجرة (وأما) الحجارة فانه إذا رضى بها لا يزمه إبقاؤها بل يجبر البائع على قلعها لكن لك أن تقول ان مدة القلع أيضاً قد رضى بها كما أن مدة قلع الزرع عند أوانه داخله تحت رضاه وان كان القلع في ذلك الوقت واجباً فكان ينبغي أن لا تجب لها اجرة إلا اذا زاد وأخر البائع فحينئذ تجب والله أعلم * (تنبيه) ما حكيت في مأخذ وجوب الاجرة من أن المنافع متميزة

علي ما عرفت معناه والافقيه مامر من الخلاف وان باع الدار بممرها فلا شفعة لشركاها الممر في الدار لانه لا شركة لهم فيها فصار كالمو باع شقصاً من عقار مشترك وعقار غير مشترك وخرج ابن سريج أنه تثبت الشفعة فيها بتبعية الشركة في الطريق. و به قال مالك وأبو حنيفة وقدم أبو حنيفة الشريك في الممر على الجار الملاصق الذي ينفذ باب داره الى درب آخر وظاهر المذهب الاول ولو أرادوا أخذ الممر بالشفعة نظر ان كان

عن المعقود عليه كذلك قاله الامام والغزالي وهو يقتضى أن البائع إذا انتفع بالعين للمبيعة قبل القبض تجب عليه الاجرة من غير تخريج على أن جنايته كجناية الاجنبي أولاً والذي ذكره الرافعي هو طريقة التخريج خاصة وما ذكره ههنا يقتضى طريقة أخرى كما أشرت اليه وهي ظاهرة فإن جناية البائع والكلام فيها محله إذا ورد على المعقود عليه أو على بعضه من جزء أو صفة (أما) المنافع فلتردد في إلحاقها بجزء المبيع أو صفة مجال ظاهر فإن ثبت ذلك فيكون في استعمال البائع المبيع طريقان (أحدهما) وجوب الاجرة (والثانية) تخريجها على جنايته والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ وهو الكلام الثاني. تقدم أن الامام جعل محل الخلاف في وجوب الاجرة في حالة الجهل (أما) في حالة العلم فلا تجب قطعاً وكذلك تقدم في الخيار أنه لا يثبت الا في حالة الجهل (أما) في حالة العلم فلا قال ابن الرفعة وهو ظاهر اذا لم يطرأ أمر يقتضى تأخر الزرع عن وقت حصاده المعتاد فان التبقية إنما وطن المشتري نفسه عليها الى ذلك الوقت (أما) اذا تأخر عن الوقت المعتاد فقد يقال انه يثبت له الخيار ويكون اذا أجاز في استحقاقه الاجرة الخلاف السالف وأصل ذلك أنه اذا علم عيياً بالمبيع وأقدم عليه فلا خيار فلو زاد ثبت الخيار على المشهور ثم قال واطلاق الشافعي رضى الله عنه يقتضي تركه الى الحصاد سواء تأخر عن وقته المعتاد أم لم يتأخر ومراده بالحصاد أول أوقاته لاحقيقة الحصاد *

(١) يياض بالاصل

﴿ فرع ﴾ ما تقدم من وجوب الابقاء الى أوان الحصاد محله عند الاطلاق أو اشتراط التبقية اليه فلو شرط البائع قلع الزرع وتفرغ الأرض قال ابن الرفعة هنا في وجوب البقاء بهذا الشرط تردد حكاه عن الأصحاب في أواخر كتاب الصلح ووجه وجوب الوفاء ظاهر (وأما) وجه عدم الوجوب (١)

﴿ فرع ﴾ يشترط في بيع الأرض للزروعة تقدم الرؤية على العقد فان موضع منابت الزرع غير مرئي حالة العقد يدل على ذلك كلام الشافعي والأصحاب منهم الماودى وغيره فانه قيل في الفرع المتقدم أن يكون رأها قبل ذلك قال المتولى اذا ادرك الزرع فعليه الحصد والنقل الى مكان آخر فان أراد أن يدرس الزرع في تلك الأرض وينقيه لم يكن له ذلك الا بالرضا وان كان تلحقه بالنقل الى مكان مشقة والله أعلم *

للمشتري طريق آخر الى الدار أو مكنه فتح باب آخر الى شارع فلهم ذلك على المشهور ان كان منقسماً والافعل الخلاف في غير المنقسم وقل الشيبخ أبو محمد ان كان في إيجاد المر الحادث عسر أو مؤنة لها وجب أن يكون ثبوت الشفعة على الخلاف الذي نذكره على الاثر وان لم يكن له طريق آخر ولا يمكن

﴿ فرع ﴾ اذا شرط دخول الزرع في البيع فان كان بطلاً أو قصيلاً لم يبلغ أوان الحصاد قال الماوردي والحاملي وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين صح البيع في الارض والزرع ولا يلزم في الزرع شرط القطع لانه دخل في العقد تبعاً للارض وصار كالثمرة التي لم يبد صلاحها اذا بيعت مع محلها وستأتي هذه المسألة في الثمار وفيها بحث وان كان الزرع قد اشتد واستحصد فان كان مشاهداً كالعنبر فالبيع صحيح في الارض والزرع وان كان غير مشاهد كالحنطة والعنبر ففي بيعه مفرداً قولان فان جوزنا بيعه مع الأرض أولى وان منعنا ففي بيعه تبعاً للارض وجهان (أحدهما) يجوز كساسة البنيان (والثاني) لا لانه مقصود فاذا بطل ففي بطلانه في الارض قولاً واحداً للجهل بالحصلة من اختلاف أصحابنا في تعليل تفريق الصفة *

﴿ فرع ﴾ اذا اشترى أرضاً رآها قبل البيع ولم يرها حين البيع فوجد فيها زرعاً ثبت له الخيار نص عليه الشافعي رضي الله عنه وبض الأصحاب وقد تقدم ﴿ تنبيه ﴾ مراد المصنف بالارض المزروعة بزراع يحصد مرة واحدة كالحنطة والعنبر فهي محل الخلاف في صحة بيعها أما المزروعة بزراع يحصد مرة بعد أخرى كالقمح فالعقد صحيح قولاً واحداً قاله صاحب التتمة وهو ظاهر لانها كالشجر فينبغي أن يثبت له ذلك لثلايظن ان ذكر المصنف لها بعد تقدم المتقدمين مقتضى لشمول الخلاف والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ قوله حتى يحصد يقال احصد الزرع أي بلغ اوان الحصاد فقال ابن داود في قول الشافعي وان كان فيها زرع فهو للبائع حتى يحصد بكسر الصاد وقال انه افصح وأصح في المعنى من فتحها لانه اذا بلغ أوان الحصاد جند ^(١) طلى حصده وما ذكره من كلام الشافعي ظاهر وأما قول المصنف هنا والحكم ببقاء ملك البائع مستمر الى وجود الحصاد فيصح ان يقال - بضم الياء وفتح الصاد - يفتح الياء وكسر الصاد - أي حين يحصد البائع الزرع ولا يصح حتى يحصد - بضم الياء وكسر الصاد - هنا أي حتى يبلغ اوان الحصاد لان يده لا تنزل بذلك فليد مستحقة للبائع الى احصاد الزرع ويد البائع ثابتة الى الحصاد والله أعلم *

(١) يياض بالاصل

ايجاهه فقيه أوجه (أحدها) أنهم لا يمكنون منه لما فيه من الأضرار بالمشتري وانما أثبتت الشفعة لدفع الضرر فلا يزال الضرر بالضرر (والثاني) أن لهم الأخذ والمشتري هو المخر بنفسه حيث اشترى منه مثل هذه الدار (والثالث) أنه يقال لهم ان أخذتموه علي أن تمكنوا المشتري من المرور فلكم الأخذ وان أقيم تمكنه منه فلا شفعة لكم جميعاً بين الحقين وايراد الكتاب يشعر بترجيح هذا الوجه واليه ذهب أبو الفرج السرخسي لكن الأصحاب من العراقيين وغيرهم علي أن الوجه الاول أصح بل مرنص الامام وجماعة عبارة تحيير الشفيع وأدوا العرض في عبارة أخرى فقالوا في أخذه بالشفعة وجهان

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان باع أرضاً فيها بذر لم يدخل البذر في البيع لانه مودع في الأرض فلم يدخل في بيعها كالركاز فان باع الأرض مع البذر فقيه وجهان أحدهما أنه يصح تبعاً للأرض والثاني لا يصح وهو المذهب لانه لا يجوز بينه منفرداً فلم يحز بيعه مع الأرض ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ فصل الاصحاب في البذر مثل التفصيل المذكور في النبات فقالوا البذر الذي لا تفاوت لنباته ويوجد دفعة واحدة لا يدخل في بيع الأرض ويبقى الى أوان الحصاد وللمشتري الخياران كان جاهلاً به فان أجاز أخذ الأرض بجميع الثمن لان النقص الذي في الأرض بترك الزرع الى الحصاد لا يسقط عليه الثمن فان تركه البائع له سقط خياره وعليه القبول ولو قال آخذه وأفرغ الأرض سقط خياره أيضاً ان أمكن ذلك وفعله في زمن يسير على وجه لا يفوت عليه الأرض وان اشتراها وهو عالم بالبذر فلا خيار له وعليه تركه الى أوان الحصاد والبذر الذي يدوم نباته كنبوى النخل والجوز واللوز وبذر الكراث والرطبة ونحوه من البقول حكمه في الدخول تحت بيع الأرض حكم الاشجار هكذا ذكر هذه التفصيل الماوردي والقاضي أبو الطيب والرويانى والرافعى رحمه الله وغيرهم واذا علمت ان البذر الذي يدوم حكمه حكم الشجر (فان قلنا) الشجر لا يدخل صار حكمه حكم بذر الررع في ثبوت الخيار وعدمه بالنسبة الى حالة الجهل والعلم (وان قلنا) انه يدخل على المذهب فان كان عالماً فلا خيار وان كان جاهلاً فان لم يكن قلعاً مضرّاً بالأرض فلا خيار وان كان مضرّاً أو يعمى فيه مدة فان كانت الأرض تملك بعد بذلك بحيث يكون غرسها نقصاً فيها فينبغى أن يثبت للمشتري الخيار ولم أرفى ذلك نقلاً والله أعلم * هذا اذا باع الأرض واطلق أما اذا باع الأرض مع البذر فان كان من البذر الذي حكمنا بدخوله في البيع قال صاحب التتمة كان تأكيدها أن تقول ينبغى أن يكون كما لو قال بعثك الجارية وحملها وان كان من البذر الذي لا يدخل وهو الذي تكلم فيه المصنف فقيه وجهان (أحدهما) يصح تبعاً كالحمل وادعى هذا القائل ان الشافعى رضى الله عنه نص على ذلك في كتاب التفليس فقال لو باع زرعاً مع أرض خرج أولم يخرج (والثاني) وهو الصحيح المشهور من المذهب أن البيع لا يصح في البذر للجهالة ولانه مقصود فى نفسه فلم يحز بيعه مع الأرض كالركاز ويخالف الحمل فانه يتبع الام في البيع المطلق وهولاء أولوا نصه في التفليس على أن المراد خرج السنبل أولم يخرج فعلى هذا اذا بطل البيع في البذر ففي بطلانه في الأرض طريقان (احدهما) أنه على قولى تفريق

ان أخذ فى بقاء المورور والمشتري وجهان وشركة مالكي بيوت الخيار فى صحته كشركة مالكي الدور فى الدور التى لا تنفذ وكذا الشركة فى مسيل ماء الأرض دون الأرض وفى بئر المزرعة دون المزرعة كالشركة

الصفقة وهو الذي يقتضى إيراد الماوردى ترجيحها وجزم بها القاضى حسين والفارق تلميذ المصنف وغيرها وهذا انما يكون على قولنا بانه يختار بجميع الثمن (والطريقة الثانية) القطع ببطلان بيع الارض ويقتضى إيراد القاضى أبى الطيب ترجيحها وهى المذهب عند الرويانى وهى مقتضى المذهب فى أنه يختار بالقسط وجعل الرويانى محل الخلاف اذالم يجهل جنسه وصفته فان جهلها لم يجز قولاً واحداً وهذا منه بناء على الطريقة المشهورة فى بيع الغائب وفيه وجه أنه يجرى مع الجهل وذلك معروف فى موضعه فعلة الخلاف هنا مطلقاً على أن أبا الفتوح العجلي أفاد ان الوجه القائل بالصحة ههنا وان منعنا بيع الغائب فيكون محل الخلاف تفرعاً على بيع الغائب (أما) على تجويز بيع الغائب قال فلا يبعد الحكم بصحة البيع (قلت) ولا بد فيه من ملاحظة التبعية فانه لو باع البذر وحده وهو مستتر فلا شك أنه يمنع من منع بيع الغائب وكذا بعض من أجازه وانما قلت ذلك لأنهم لما تكلموا فى بيع الثمار المستترة والخنطة فى سنبلها ونحو ذلك قال الامام ان المنع فيها مفرع على منع بيع الغائب (أما) إذا جوزناه فانه يصح وحمل الرافعى كلام الوجيز على موافقته لكن الغزالي فى الفتاوى فى السؤال التاسع والعشرين فى بيع السالج والجزر فى الأرض قال انه إن قضى ببطلان بيع الغائب فلا شك فى البطلان وان قضى بصحة بيع الغائب اتجه ظاهره أبطل هذا لأن تسليمه لا يمكن إلا بتقليب الأرض وهو تغير يلزم المبيع فيضاهى بيع الجلد قبل السخ ليسلم بالسخ وكذلك صاحب التهذيب وعلل بان بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصفته وههنا لا يمكن واذا علمت ذلك علمت ان اطلاق المصنف مراده منه البذر الذى لا نبات لاصله وكذلك الشافعى رضى الله عنه فى الام أطلق كما فعل المصنف ومراده ذلك فان كان البذر مما يصرم فصرمه البائع كان للمشتري اصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعه وان سجد البائع فقلعه قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يزرعه ليستخلفه نص عليه الشافعى رحمه الله وقد تقدم فى أول الباب بحث فى الغراس الذى يشتد وهو يعود ههنا فى البذر الذى وضع لذلك ولم يقصد به الدوام فى محله والله أعلم * ولو باع البذر وحده جزم صاحب التتمة بالبطلان * قال المصنف رحمه الله *

﴿ اذا باع أصلاً وعليه ثمرة للبائع لم يكاف قطع الثمرة الى أو ان الجذاذ فان كما يقطع بسرا كالبسرا الحيسوانى والقرشى لم يكاف قطعه الى أن يصيرا بسرا وان كان مما لا يقطع الا رطباً لم

فى الممر وحده (الثالثة) تثبت الشفعة للذمي على المسلم والذمي حسب ثبوتها للمسلم وقال احمد لاشفعة للذمي على المسلم (لنا) القياس على الرد بالعيب ولو باع ذمي شقصاً من ذمي بخمر أو خنزير وترافعو إلىنا بعد الأخذ بالشفعة لم نرده ولو ترافعوا قبله لم نحكم بالشفعة وقال أبو حنيفة يحكم وان كان الشفيع مسلماً أخذ الشقص بقيمة الخمر وان كان ذمياً فبمثليها ولو بيع الشقص فارتد الشريك فهو على شفعة إن قلنا أن الرد لا يزال

يكلف قطعه الى أن يصير رطباً لان نقل المبيع على حسب العادة ولهذا اذا اشترى بالليل متاعاً لم يكلف نقله حتى يصبح وان اشتراه في المطر لم يكلف نقله حتى يسكن المطر والعادة في قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكلف القطع قبله *

﴿الشرح﴾ الاصل المراد به الشجرة والجذاز - بكسر الجيم وفتحها - حكاهما ابن قتيبة وأوان الجذاز - بكسر الجيم - زمان صرم النخيل إذا يس ثمرها والجذاز القطع يقال الجذاز والصرام في النخل القطف في الكرم واللقاط فيما يتناثر كالحوخ والكهثرى وغيره فيلنقط والجيسوان - بكسر الجيم وياء تحتها نقطتان وآخره نون - من غير إضافة قال ابن باطيش وابن التودى جنس من البسر أسود اللون والقرش - بضم القاف وفتح الراء وشين معجمة - قال ابن باطيش هو الأحمر قال صاحب البيان لا يقطع الا بسراً (أما) الأحكام فقال الشافعي والأصحاب اذا اشترى نخلاً وعليه ثمرة للبائع أو كرسفاً وعليه قطن للبائع أو شجراً وعليه ثمرة أورد البائع أرضاً وفيها زرع للبائع لم يجبر على قطع الثمرة والورد والزرع الى أوان الجذاز والحصاد الى الوقت الذي جرت العادة ببقيتها فان كان غيباً فعليه ببقيته الى أن يسود وتدور الحلاوة فيه ويقطع في العادة (فأما) اذا عقد وحصل فيه قليل حلاوة فليس له مطالبة البائع بقطعه في تلك الحال وان كان رطباً فعليه ببقيته الى أن يربط ويتكامل نضجه ثم يقطع وإن كان بسراً فما جرت العادة بقطعه بسراً طوّل بقطعه بسراً بعد نضجه واستكمالها ثم بعد ذلك ليس له أن يتركه على الشجر والنخل حتى يتكامل ويستحکم لكون ذلك اصلح له فيأخذه شيئاً فشيئاً كما إذا باع داراً فيها متاع هي أحرز له لم يجب على المشتري تركه ولا يجب على المشتري السقي لأجل ثمرة البائع وإنما عليه تركها والبائع يسقى وحكم جميع الثمار في ذلك حكم ثمرة النخيل لا خلاف في ذلك قال نصر المردسي رحمه الله في الكافي وكذلك الورد يعني يترك إلى أوان اخذه ووافقنا على أنه لا يجب على البائع القطع ويجوز له التبقية الى أوان الجذاز مالا وأحمد وقال أبو حنيفة يجبر عليه عند مطالبة المشتري بذلك في الحال * دليلنا ما ذكره المصنف وهكذا لو زرع المشتري الأرض فاستحقها الشفع لم يجبر المشتري على قطع الزرع ونقله حتى يبلغ أوان الحصاد لأنه وقت العادة في نقله (فان قيل) ينتقض بمن جذ ثمرة وتركها في الأرض تسمسها ثماع الأرض فانه يلزمه نقلها قبل جفافها وان كانت العادة نقلها بعد جفافها (قلنا) لاعادة لذلك

الملك (وان قلنا) تزيله فلا شفعة له وان عاد الى الاسلام وعاد ملكه ففي عود الشفعة تردد عن الشيخ أبي علي والطاهر المنع (وان قلنا) بالوقف فمات أو قتل على الردة فللإمام أخذة لبيت المال كما لو اشترى معيياً أو اشترط الخيار وارتد ومات للإمام رده ولو ارتد المشتري فالشفعة على شفيعته (الرابعة) دار نصفها لرجل ونصفها ملك للمسجد اشتراه قيم المسجد أو وهبه منه ليصرف في عمارته فباع الرجل نصيبه

في أرض بمينها بل يمكن تجفيفها في غيرها كما نقول في الزرع لا يجب نقله وهو في الأرض ولو حصده وتركه في الأرض ثم باعها وجب نقله وقول المصنف لأن نقل المبيع على حسب العادة جواب عن قول الحنفية ان من باع شيئاً كان عليه تسليمه ورفع يده عنه وان أبقاء الثمرة بعد البيع انتفاع بالنخل واجاب الأصحاب بما ذكره المصنف من أن ذلك إنما يجب على العادة ولهذا اذا اشتري داراً مملوءة طعاماً إنما يلزم البائع نقله على العادة ولا يلزمه أن يجمع الآن كل حال في البلد وينقل الطعام عنها وأجابوا عن كون ذلك انتفاعاً بالنخل وأنه يشبه استثناء المنفعة بأن استثناء المنفعة إنما يطل اذا وقع بالشرط أما ما وقع بنفس العقد عرفاً فلا بدليل الأمة المزوجة *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردي انه إنما يستحق الإبقاء اذا بقيت الثمرة للبائع بالتأثير اما اذا صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأثير فعلى البائع قطعها في الحال لان الاستثناء إنما يصح على شرط القطع وهذا الذي قاله الماوردي إنما يستقيم اذا شرطنا القطع في الاستثناء وقت تقدم أن الاصح خلافه وأيد بعضهم ما قاله الماوردي ان استثناء المنفعة بالشرط مبطل بخلافه بالشرع وهذا التأيد ضعيف لان الشرط هنا إنما يقتضي بقاء الثمرة للبائع فصار كما لو باع أرضاً واستثنى البناء الذي فيها كان له ابقاؤه بالشرع ولا نقول ان هذا استثناء للمنفعة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى فاذا حصد الزرع فان بقي له أصول لا تضر بالأرض كاصول الحنطة والشعير لم يلزمه نقلها لانه لا ضرر على المشتري في تركها وان كانت تضر بالأرض كمروق الدرة والقطن لزمه نقلها من الأرض ونقل الروياني عن بعض الاصحاب الوجوب مطلقاً والصحيح الاول فاذا نقلها فان حصل في الأرض بنقلها حفر لزمه تسويتها كما لو كان في الأرض حجارة مدفونة فنقلها ويخالف من غصب فصيلاً وأدخاه داراً ثم كبر الفصيل فان تسوية الباب لا تجب على صاحب الفصيل لأن الغاصب متعد والمشتري ليس بمتعد وهكذا لو كان في الدار للمبيعة حب لا يمكن إخراجها إلا بأن يوسع الباب بنقض شيء من الحائط فان له ذلك ويضمن قيمة ما نقص قال القاضي أبو الطيب ويحتمل أن يقال يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الأرض ههنا وقد صرح المحاملي في المجموع بأنه يجب عليه بناء ذلك ورده إلى حالته فيما إذا باع داراً وفيها قمشة لا يخرج إلا بنقض الباب

كان للقيم أن يأخذ بالشفعة ان رأى المصلحة فيه كما لو كان ابيت المال شرك في دار فباع الشريك نصيبه للامام الأخذ بالشفعة وان كان نصف الدار وفقاً والنصف ملسكا فباع المالك نصيبه فينبني على أن الموقوف عليه هل يملك الوقف (ان قلنا) لا لم يأخذ ما باعه بالشفعة (وان قلنا) نعم فينبني على أن المالك هل تقرر عن الوقف وفيه وجهان يذكران في القسمة (ان قلنا) نعم ففي ثبوت الشفعة

وهو الموافق لطريقة العراقيين فانهم يختارون وجوب إعادة الجدار قال المحاملي هنا كل من جصل ملكه في ملك غيره واحتيج في تخليصه إلى مؤنة فان كان حصل ذلك بغير تفریط من صاحب الملك فالمؤنة على من يتخلص ملكه مثل مسألة الزرع والحب والخاية والصندوق في الدار وان كان بتفریط من صاحب الملك مثل أن يغصب رجل رجلاً على حب فلم يخرج من الباب أو على عجل صغير فكبير فلم يتمكن من إخراجها إلا بهدم الباب فان الباب يهدم ولا يلزم صاحب المتاع بناءؤه ومن فروع هذه القاعدة إذا هربت دابته فدخلت دار رجل ولا يمكن إخراجها إلا بنقض شيء من الدار يغرم المقص صاحب الدابة قاله الروياني وإذا وقع دينار في محبرة ولا يخرج إلا بكسرها كسرت ويجب ضمانها على صاحب الدينار نقله الروياني عن بعض الأصحاب *

﴿ فرع ﴾ لو أصابت الثمار آفة وصارت بحيث لا تنمو فهل للبائع تبقيتها ولا فائدة له في تبقيتها أم للمشتري إجباره على قطعها * قال الامام ذكر صاحب التقریب قولين ولم يصحح الرافعي والنووي شيئاً منهما وقال ابن الرفعة إن الذي يقع في النفس محته قول الاجبار لأنه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبقية لأجله فانه لو باع الشجر بعد حصول الآفة بالثمار لم يستحق التبقية قال لكن نصه في الأم على خلافه ولو اقطع الماء فلا شيء على المشتري فيما أصيب به البائع وكذلك ان أصابته جائحة نص عليه الشافعي رضي الله عنه نقله عنه أحمد بن بشري *

﴿ فرع ﴾ لا يمنع البائع من الدخول في الحائط للسقي فان لم يأمنه المشتري ينصب الحاكم أميناً يسقيها والمؤنة على البائع * قاله الخوارزمي وكلام الخوارزمي يدل على أن الشجرة لا تصير مسلمة حتى تفرغ من الثمرة قال ولهذا لو باع سفينة في البحر مملوءة بالاثقال لايجري تفریغها حتى تبلغ الشط ومراده بهذا ان التسليم يكون على العادة *

﴿ فرع ﴾ ولا يستحق المشتري على البائع أجرة الأرض في مدة اقامة الزرع في الأرض لانه ملك الأرض مساوية المنفعة في تلك المدة فلا يستحق لها أجرة *

﴿ فرع ﴾ لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع كلام الرافعي يصرح بالجواز وانه يجب الوفاء بالشرط لكن الامام حكى في باب الصلح فيما اذا باع أرضاً مزروعة بشرط قطع الزرع

وجهان (أحدهما) تثبت لدفع ضرر القسمة ودفع ضرر مداخلة الشريك وهذا ما أورده في الكتاب بناء على جواز قسمته وعلى هذا فلو كان الوقف على غير معينين أخذه المتولى ان رأى المصلحة فيه (وأظهرهما) المنع لأن الوقف لا يستحق بالشفعة فلا ينبغي أن يستحق به أيضاً فانه ملك ناقص ألا ترى أنه لا ينفذ تصرفه فيه فلا يتساقط على الأخذ (وإن قلنا) لا يقرر الملك على الوفاء فان لم تثبت الشفعة فيما لا ينقسم لم تثبت

تردداً في وجوب الوفاء به ويجب بمقتضى ذلك طرد التردد المذكور في الثمرة المؤبرة ولو قيل انه لا يصح البيع بشرط قطعها لأن فيه تنقيص ماليتها لم يبعد * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان أصاب النخل عطش وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك ففيه قولان (أحدهما) لا يكلف البائع قطع الثمرة لأن المشتري دخل في العقد على أن يترك الثمار الى الجذاذ ولزمه تركه (والثاني) أنه يكلف قطعه لأن المشتري إنما رضى بذلك اذا لم يضر به فادا أضر به لم يلزمه تركه فان احتاج أحدهما الى سقى ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه لأنه اصلاح لماله من غير اضرار باحد فجاز وان كان على الآخر ضرر في السقى وتشاحا ففيه وجهان * قال أبو اسحق يفسخ العقد لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر في الاضرار فوجب أن يفسخ * وقال أبو علي بن أبي هريرة يجبر الممتنع منهما لأنه حين دخل في العقد رضى بدخول الضرر عليه لأنه يعلم أنه لا بد من السقى ويجب أجرة السقى على من يسقى لان منفعته تحصل له ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ تقدم أن الثمرة اذا بقيت للبائع لا يكلف قطعها الى أوان الجذاذ ومن ضرورة ذلك أن يمكن من سقيها فيلزم للمشتري تمكينه وقد لا يسقى البائع فيحصل للمشتري الضرر وقد يحصل الضرر من السقى أيضاً وذكر المصنف تفصيل ذلك في هذا الفصل في مسألتين (المسألة الأولى) اذا عطشت النخل وكان قد باعها وهي مؤبرة وبقينا الثمار للبائع فعطشت النخل وانقطع الماء ولم يتمكن من سقيها وكان تركها على الأصول يضر بالأصول ولا يضر بالثمره فان كان الضرر يسيراً أجبر المشتري عليه هكذا قاله القاضي أبو الطيب وغيره ونص عليه الشافعي رضى الله عنه في الأم وان كان كثيراً بأن كان يخاف على الأصول الجفاف أو نقصان حملها في المستقبل نقصاناً كثيراً وعلي ذلك يجب حمل كلام المصنف ففيه قولان منصوصان في الأم في هذا الموضع وحكماها الأصحاب كما حكاهما المصنف نقلاً وتعليلاً وعبارة الشافعي في الأم ففيها قولان ثم ذكر قول الاجبار ولم أره ذكر القول الآخر فتأملت كلامه الى آخره تأملاً كثيراً فلم أفهم الثاني منه فله تركه اما لوضوحه أو لضعفه (والاصح من القولين) الثاني الفائل بالاجبار وعن صححه الروياني وابن أبي عسرون والنووي ورجحه الروياني بأن ضرر الاصول أكثر وجزم به الفوراني ونقل الرافعي تصحيحه عن الكرخي وصححه في المحرر وقد ذكر الماوردي

وإن أثبتناه عاد الوجهان (وقوله) في كل شريك بالملك قصد بقوله بالملك الاحتراز عن الشريك بالوقف والمراد ملك الرقبة أما إذا لم يملك إلا المنفعة اما مؤقتا بالاجارة أو مؤبداً بأن أوصى له بالمنفعة لم يكن له الأخذ بالشفعة ويخرج بلفظ الشريك الجار ويدخل المسلم والدمي والحر والمكاتب حتى لو كان السيد والمكاتب شريكين في الدار فلا يملك كل منهما الشفعة على الآخر والمأذون له في التجارة إذا

مسألة السقي وقسمها تقسيماً حسناً وهي ان السقي اما أن يكون ممكناً أو متعذراً فان كان متعذراً فاما لاعواز الماء أو لفساد آله فان كان لاعواز الماء سقط حكم السقي ثم نزل الثمرة على أربعة أضرب (الاول) أن يكون يضر بالثمرة والنخل جميعاً فقطع الثمرة واجب ولصاحب النخل اجباره لان تركها مضرة للنخل بلا منفعة له (الثاني) أن لا يضر واحداً منهما فله ترك الثمرة الى أو ان الجذاذ (الثالث) أن يضر بالثمرة دون النخل المثمرة فالخيار (الرابع) أن يضر بالنخل دون الثمرة فقولان وهذا الضرب هو الذي ذكره المصنف * وان كان تعذر السقي افساد الآلة أو المجارى أو طم الآبار فايهما لحقه بتأخير السقي ضرر كان له اصلاح ما يوصله الى الماء فان كان ذلك مضراً بالنخل وجب على المشتري النخل أن يزيل الضرر عن نخله ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته وان كان مضراً بالثمرة لزمه ذلك أو يقطعها وان كان مضراً بهما جميعاً لزم صاحب الثمرة إلا أن يبادر إلى قطع ثمرته فيستطع عنه (وأما) إن كان السقي ممكناً فله أربعة أضرب (أحدها) أن يكون نافعاً لهما (والثاني) أن يكون ضاراً لهما (والثالث والرابع) أن يكون ضاراً لأحدهما دون الآخر وسند ذكر ذلك مفصلاً (المسألة الثانية) إذا احتاج أحدهما إلى سقي ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسيه لما ذكره المصنف وفيها صورتان (احدهما) أن يكون المحتاج البائع (والثانية) أن يكون المحتاج المشتري وقول المصنف ولم يكن على الآخر ضرر يشمل ما إذا كان له نفع وما إذا لم يكن والشيخ أبو حامد والماوردي ذكر ما اذا كان لكل منهما نفع فقال الشيخ أبو حامد لا يجبر الممتنع من السقي على السقي وللآخر أن يسقي والأجرة عليه وقال الماوردي للبائع أن يسقي وعلى المشتري أن يمكنه وموئنة السقي على البائع لما فيه من صلاح ثمرته وان كان لنخل المشتري فيه صلاح إلا أن الأغلب من حال السقي صلاح الثمرة والنخل تنفع فلو امتنع البائع من السقي لم يجبر وقيل للمشتري ان أردت سقي نخلك فاسقه ولا تجبرك عليه وما قاله الماوردي موافق في المعنى لما قاله الشيخ أبو حامد والمصنف وعبارة المصنف أشمل كما تقدم التنبيه عليه والحكم واحد لا يختلف وانما يختلف التصوير فيجىء صور هذه المسألة باطلاق المصنف ثلاثاً أن ينتفع البائع ولا يتضرر المشتري ولا ينتفع أو ينتفع المشتري ولا يتضرر البائع ولا ينتفع أو ينتفع جميعاً وكلام هؤلاء الأئمة يقتضى أن البائع لا يجبر على السقي ومن جملة الاقسام التي أطلقوها أما إذا كان السقي نافعاً لهما وكان تركه ضاراً بالمشتري

اشترى شقصاً ثم باع الشريك نصيبه فله الأخذ بالشفعة الآن يمنعه السيد أو يسقط الشفعة وله الاسقاط وان أحاطت به الديون وكان الأخذ غبطة كما له منعه من سائر الاعتياضات في المستقبل ولو أراد السيد أخذه بنفسه فله ذلك ولا يخفى أن الشركة لا تعتبر في مباشرة الأخذ وانما هي معتبرة فيمن يقع له الأخذ بدليل الولي والوكيل والعبد المأذون فان لهم الأخذ بالشفعة (وقوله) والشريك في الممر المنقسم يأخذ الممر

لامتنصاص الثمار رطوبة الأشجار وقد جزم الامام في هذه الصورة في حال امكان السقى بأن البائع
يجبر من جهة المشتري على أحد الأمرين اما أن يسقى واما أن يقطع الثمار اذا كان يضر بقاؤها وجعل
محل القولين الذين حكاهما المصنف أولاً فيما اذا كان السقى متعذراً ووجه القول الأول القائل بأنه
لا يكلف قطع الثمرة بأنها تنتفع بالتبقيّة وانما على البائع أن لا يترك مجهوداً يقدر عليه فاذا انقطع الماء فلا
تقصير منه وحق التبقيّة قائم له وهذا الذي قاله الامام حسن يجب تنزيل كلامهم عليه وقل الامام ان
القولين يشيران الى أن الراعى جانب البائع أو جانب المشتري قال ولم يقع التعرض لاستواء الحقيين
يعني كما يقوله أبو اسحق فيما اذا لم يكن على الآخر ضرر كما سيأتي قال ولا بد من هذا الوجه ثم موجب
استواء الحقيين الفسخ والله أعلم * وقول المصنف جاز له أن يسقيه وليس للآخر أن يمنعه فان منعه أجبر
على تمكينه وهذا مراد الروياني بقوله اذا كان السقى ينفعهما فايهما طلب أجبر الآخر عليه لأنه لا فائدة
من الامتناع فيما ينفعه ولا يضره أي أجبر على التمكن منه لاعلى أن يسقى والله أعلم (المسألة الثالثة)
اذا احتاج أحدهما الى السقى وكان على الآخر ضرر وفيها صورتان (احدهما) أن يكون السقى يضر
بالنخل وينفع الثمرة فاراد البائع السقى فوجهان قال أبو اسحق يقلل المشتري اسمح للبائع بالسقى فان
سمح فذاك والا قلنا للبائع اسمح بترك السقى فان سمح فذاك وان أبي فسخرنا البيع بينهما وقال
ابن أبي هريرة يجبر المشتري على ذلك وللبيع ان يسقى والأجرة على البائع وحكى الامام وجهاً ثالثاً
بمراعاة جانب المشتري لأن البائع ألزم تسليم الشجرة على كمالها قال وحقيقة الأوجه تؤول إلى أن من
أصحابنا من يعرض جانب المشتري ومنهم من يعرض جانب البائع وأبو إسحق لا يقدم أحد الحقيين على
الآخر (الصورة الثانية) أن يكون السقى يضر بالثمره وينفع الشجرة فاراد المشتري السقى قل أبو اسحق
يقال للبائع اسمح في أن يسقى المشتري فان سمح فذاك والا قلنا للمشتري اسمح في ترك البائع فان سمح فذاك
وان أبي فسخرنا البيع بينهما وقال ابن أبي هريرة أجبر البائع على ذلك وأوجب الأجرة على المشتري لانه على
أن لا يضر بغيره وفيه الوجه الثالث الذي حكاه الامام ويكون بيناً لمراعاة جانب البائع وفي كل من الصورتين
لو اتفاق على السقى أو تركه جاز قاله صاحب البيان وغيره وقد يخص المصنف هاتين الصورتين فيما ذكره
وتبين بهذا التفصيل أن قوله وتجب الأجرة على من يسقى من كلام ابن أبي هريرة واما مراده من يسقى البائع

بالشفعة أعلم - بالواو - ولما حكينا عن الشيخ أبي محمد وليس مسألة الممر اختصاص بذكر الاخذ ولعل
ايرادها في ركن المأخوذ أولى *

قال في الركن الثالث المأخوذ منه وهو كل من تجدد ما يملكه اللازم بمعاوضة * احترزنا بالتجدد
عن رجائين اشتريا داراً فلا شفعة لأحدهما على الآخر اذ لا تجدد لأحدهما * واحترزنا باللازم عن

في الصورة الاولى والمشتري في الصورة الثانية ويجوز أن يكون قوله وتجب أجرة السقي علي من يسقي
 كلاما مبتدأ غير مختص بابن أبي هريرة يعني حيث أوجبنا السقي فهو علي من ينتفع به لا كمن باع
 ثمرة بعد بدو الصلاح فانه يسقي والمنفعة للمشتري ويشمل ذلك ما إذا سقى البائع أو المشتري أو هما
 جميعاً فتجب الأجرة عليهما كما صرح به الروايات وهو الطاهر والذي يسقي في صورتين هو المطالب
 الذي أجرنا الممتنع لأجله ومعنى الاجبار إجباره على تمكين الآخر من السقي وقول المصنف لأن منفعة
 السقي تحصل له لتعليل ظاهر في الطرفين وقد فهم ابن الرفعة من كلام الماوردي في هذه الصورة
 الثانية وقوله أن لصاحب الثمرة منعه فإذا منعه كان لصاحب النخل فسخ البيع ففهم ابن الرفعة من ذلك
 قولاً آخر قال وبذلك يكمل أربعة أوجه (ثالثها) ان تراضيا على أحد الأمرين فذلك والا فسخه الحاكم
 (ورابعها) الأمر كذلك إلا أن المتولى للفسخ البائع إن أراد وقد بقي من هذه المسائل مسألة ذكرها
 الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرها وتركها المصنف لوضوحها ولا خلاف فيها وهي اذا كان السقي يضر
 بالثمرة والنخل جميعاً كان لكل منهما منع الآخر لأنه يدخل الضرر على صاحبه بغير منفعة تعود اليه
 فهو سفيه وتضييع قاله الروايات وهذا انما يتصور في غير النخل (أما) النخل فينفعه السقي أبداً فلو قال
 صاحب الثمرة أريد أن أخذ الماء الذي كنت استحقته لسقي ثمرتي فاسقي به غيرها من الثمار أو الزروع
 لم يكن له ذلك وهكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاها لم يكن له أن يأخذ الماء الذي كان يستحقه
 الى وقت الجذاذ لأنه انما يستحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها فقد كملت المسائل التي
 في أحوال السقي ستاً شمل كلام المصنف خمساً وترك واحدة ومسائل ترك السقي سبعا ذكر المصنف
 منها في آخر كلامه واحدة وترك ستاً وكلها مندرجة في كلام الماوردي والله أعلم * ﴿فائدة﴾ قال
 الشيخ أبو حامد وغيره قالوا هلا قلتم في هذه المسائل السقي على المشتري^(١) صاحب الشجرة كمن باع
 ثمرة منفردة عن الأصل بعد بدو صلاحها وعطشت حيث تجب أجرة السقي على صاحب الأصل
 وفرق هو وغيره من الأصحاب بأنه في مسألة البيع بعد بدو الصلاح يجب عليه تسليم الثمرة كاملة وذلك
 انما يكون بالسقي وههنا الواجب على البائع تسليم النخل وقد سلمها ولم يملك الثمرة من جهة المشتري
 فكأن بخلافه قال ابن الرفعة وحيث نقول باجبار المشتري فلا خيار له أى في حال انتفاع الثمرة بالسقي *

(١) كذا بالأصل
 فحرر

الشراء في زمان الخيار فانه لا يؤخذ ان كان للبائع خيار لانه اضرار به ولا حق للشفيع على البائع * وان
 كان للمشتري وحده فطريقتان (أحدهما) لا لأن العقد بعد لم يستقر (والثاني) فيه قولان * كما لو وجد
 المشتري بالشقص عيباً وأراد رده وقصد الشفيع أخذه فأيهما أولى وقد تقابل الحقان فيه قولان * وكذا
 الخلاف في تراحم الشفيع والزواج اذا طلق قبل الميسر على الشقص المهور *

﴿ فرع ﴾ حيث جعلنا للبائع السقى قال الشافعي والأصحاب وإنما له أن يسقى القدر الذي فيه صلاحه وليس له أن يسقى أكثر من المهود بحيث يتضرر به صاحب النخل فإنه كما يحصل الضرر بالعطش المفرط يحصل بالرى المفرط فإن اختلفا في ذلك فقال المشتري في كل عشرة أيام سقية وقال البائع في كل خمسة أيام سقية فالمرجع في ذلك إلى أهل الخبرة فما احتاج إليه أجبر الآخر عليه ولو قال أهل الخبرة إن الثمرة لا تفسد بترك السقى بل تسلم الثمرة من غير سقى غير أنها لو سقيت لظهرت زيادة عظيمة والشجر يتضرر بها قال الإمام فهذا فيه احتمال عندى يجوز أن يقال يمنع البائع فإن الزيادات لا تنضب فالمرعى الاقتصاد ويجوز أن يقال له أن يسقى لمكان الزيادة على مذهب من يراعى جانبه وهذا بين أن محل الخلاف المتقدم عن أبي اسحق وابن أبي هريرة إذا كان السقى يضر أحدهما فعليه ويضر الآخر تركه وفي هذه المسألة لم يتعارض ضرران وإنما ضرر وزيادة نفع والذي ينبغي ترجيح اجتناب الضرر ومنع البائع من السقى والله أعلم * وأطلق الرافعي احتمال الإمام متى كان السقى يضر بواحد وتركه يمنع حصول زيادة للآخر وذلك يشمل الصورة المذكورة وعكسها في كل منهما هل يلحق ذلك بتقابل الضرر فيه احتمالان ولم أرهما في النهاية إلا في الحالة الواحدة وجعل الغزالي الاحتمالين المذكورين وجهين والمراد أنه على أحد الاحتمالين يأتي الخلاف السابق بين أبي اسحق وابن أبي هريرة وعلى الاحتمال الآخر يتعين السقى والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ القولان اللذان أطلقهما المصنف هل محلها فيما إذا كانت السقى متعذراً أو مطلقاً كلام الغزالي والإمام يقتضي الأول وجزم في حالة الامكان بوجوب السقى أو القطع على البائع وكلام الشافعي يقتضي الثاني لكنه في حالة انقطاع الماء المعد لذلك وامكان غيره ورأى ابن الرفعة كذلك تنزيل القولين على حالة امكان السقى من غير الماء المعتاد وتنزيل الجزم بوجوب أحد الأمرين على ما إذا كان السقى ممكناً بالماء المعد لذلك واستنبطه من كلام الشافعي وقوله أخذ صاحبه بقطعه إلا أن يسقيه متطوعاً أخذ من ذلك أن الواجب عند امكان السقى القطع عيناً وله أن يسقطه بالسقى إلا أن الواجب أحد الأمرين كما يقول ذلك في المولى فإن لم يمكن السقى بحالة من الأحوال تعين وجوب القطع لأنه لا مسقط له ولا جرم كان هو الأصح عند الكرخي وغيره وقال النووي إن هذين القولين

المأخوذ منه هو المشتري ومن في معناه وفي ضبطه قيود (أحدها) كون مالكه طارئاً على ملك الآخذ فإذا اشتري رجلان داراً معاً أو شقصاً من دار فلا شفعة لواحد منهما على الآخر لاستوائهما في وقت ثبوت الملك (الثاني) كونه لازماً وفيه ثلاث صور (أحدها) أن جرى البيع بشرط الخيار لهما أو للبائع الخيار وحده لم يؤخذ الشقص بالشفعة مادام الخيار باقياً أما على قولنا للملك غير منتقل إلى المشتري

فما إذا كان للبائع نفع في ترك الثمرة فإن لم يكن وجب القطع قولاً واحداً كذا قاله الامام وصاحب التهذيب *

﴿ فرع ﴾ ظاهر كلام الاصحاب أنه يجب السقي بالماء لدى جرت العادة أن يسقى منه تلك الاشجار ولو كان ملك المشتري بأن كان من بئر دخلت في العقد وقلنا بأنه يملك ماءها كما هو المذهب ولما كان استحقاق البائع لذلك من جهة الشرع اغتفر بخلاف مالهو شرط لنفسه انتفاعاً بملك المشتري حيث يفسد العقد قال ابن الرفعة لكن هذا يقتضى عدم استحقاق السقى اذا كانت الثمرة غير مؤبرة وشرطها البائع لنفسه فلي تأمل (قلت) لا يقتضى ذلك فان شرطه الثمرة غير المؤبرة لنفسه يصيرها بمنزلة الثمرة المؤبرة وحينئذ يكون وجوب السقى بالشرع ووجوب الابقاء وليس ذلك كما اذا شرط الانتفاع بملك المشتري ومن كون السقى واجباً من الماء المعتاد وان كان ملك المشتري يستفاد معنى قول المصنف تجب أجرة السقى على من يسقى ولم يقل وتجب مؤنة السقى لان الماء من جملة المؤنة وهو على المشتري وفي الصورة المذكورة وانما يجب على من يسقى بها الاجرة في نقله وما أشبهه نعم تجب عليه أيضاً الآلات التى يستقى بها المشتري وانما يلزم بالتمكين من الماء خاصة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ أما الارجح من هذه الأوجه صحح الرافعى قول النفسخ كما هو قول أبى اسحق وصحح الغزالى فى الوسيط مراعاة جانب المشتري والذى يقتضيه اطلاق نص الشافعى يشهد لما قاله ابن أبى هريرة فإنه قال واذا كان لا يصلحها الا السقى فعلى المشتري تخليتها للبائع وما يكفى من السقى فهذا فى هذه الصورة موافق لابن أبى هريرة فى اجبار المشتري فيحتمل أن يكون فى عكسها يجبر البائع كما يقوله ابن أبى هريرة وهو الاقرب ويحتمل أن يكون يقول بمراعاة جانب البائع مطلقاً وقال ابن الرفعة ان ظاهر النص على ما صححه فى الوجيز * قال المصنف رحمه الله *

﴿ لا يجوز بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وروى ابن عمر رضى الله عنه أيضاً أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهى والسنبل والزروع حتى يبيض ويأمن العاهة ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة ولهذا لو اشترى بالليل متاعاً لم يكف نقله حتى يصبح والعادة فى الثمار تركها

فظاهر واما على قول الانتقال فلان فى اخذه ابطال خيار البائع ولا سبيل للشفيع الى الاضرار بالبائع وابطال حقه وعن صاحب التقریب احتمال على قولنا بانتقال الملك الى المشتري وان شرط الخيار للمشتري وحده فان قلنا الملك له فى اخذه بالشفعة قولان رواية الربيع واختيار أبى اسحق المنع وبه قال مالك واحمد لأن المشتري لم يرض بلزوم العقد وفى الأخذ الزام واثبات للعهد عليه ورواية المزنى يؤخذه

الى اوان الجذاذ فاذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز وان باعها بشرط القطع جاز لأنه يأخذ قبل أن يتلف فيأمن الغرر وإن باع الثمرة مع الأصل والزرع مع الأرض قبل بدو الصلاح جاز لأن حكم الغرر يسقط مع الأصل كالغرر في الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل وإن باع الثمرة من يملك الأصل أو الزرع من يملك الأرض ففيه وجهان أحدهما يصح لأنه يحصل للمالك الأصل فجاز كما لو باعها مع الشجر والأرض والثاني لا يصح لأنه افرده بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط انقطع فاشبهه اذا باعها من غير مالك الأصل ﴿﴾

﴿ الشرح ﴾ حديث ابن عمر رضى الله عنهما الاول رواه بلفظه المذكور البخارى ومسلم ولفظ مسلم الثمرة وفي الصحيحين أيضاً من رواية ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها » زاد مسلم وتذهب عنه الآفة (وأما) حديث ابن عمر الثانى فرواه مسلم ولفظه عن بيع النخل حتى يزهر وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري وفي رواية الشافعي في حديث ابن عمر قال الراوى فقلت لعبد الله متى ذلك قال طلوع الثريا وقد وردت أحاديث في الصحيحين وفي غيرها في المنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح (منها) حديث ابن عمر المذكور (ومنها) عن أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهر قال الراوى فقلنا لأنس ما زهوها قال تحمر وتصفر قال أرايت إذا منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه رواه البخارى ومسلم وقد كثرت الزهوى في الحديث يقال زها النخل يزهر قال الخطابى هكذا روى في الحديث يزهر والصواب في العربية يزهي وقال غيره ليس هذا القول منه عند كل أحد فان اللغتين قد جاءا عند بعضهم ومنهم من قال زها النخل اذا طال واكتهل وهذا القول مخالف لما جاء في الحديث من تفسير انس العارف بالعربية ولمعني الحديث وقد ورد في بعض روايات الشافعي لهذا الحديث « قيل يا رسول الله وما تزهي قال حتى تحمر » والزهو - بفتح الزاى - وذكر ابن معين أن أهل الحجاز يضمون الزاى وهو غريب وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال « قال رسول الله ﷺ لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها ولا تتبايعوا الثمر بالثر » رواه مسلم وقوله يبدو أى يظهر يقال بدا يبدو مثل دعا يدعو فأما بدأ يبدأ - بالهمز - فمن الابتداء وعن جابر أن رسول الله ﷺ « نهى أن تباع الثمرة حتى يشتح قيل وما يشتح قال تحمار وتصفر ويؤكل منها » رواه البخارى

قال ابو حنيفة لانه لاحق فيه الا للمشتري والشفيع مسلط عليه بعد لزوم المالك واستقراره قبله اولى وهذا اصح عند عامة الاصحاب ونقل للامام وصاحب الكتاب في المسألة طريقتين (احدهما) اثبات القولين هكذا لكن قالاهما مأخوذان من الخلاف الذى نذكره فيما بعد اذا اطلع المشتري على عيب بالشقص وأراد رده وأراد الشفيع أخذه فعلى رأى للشفيع قطع خيار المشتري في الصورتين وعلى رأى

مسلم رحمه الله تعالى وقوله يشتح - بضم الياء المثناة من تحت واسكان الشين المعجمة وبعد القاف حاء مهملة - ويروى - بفتح الشين وتشديد القاف - يقل أشتح وشتح وروى يشقه بأبدال الحاء هاء وقد فسره في الحديث قال والاشقاه أن يحمر أو يصفر وفي رواية النسائي في هذا الحديث حتى يطعم وفي رواية لمسلم حتى يطيب وعن ابن عباس قال « نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل وحتى يوزن قال فقالت ما يوزن فقال رجل عنده حتى يحرز » رواه البخاري ومسلم وعن أنس « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العنبر حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشمتد » رواه أبو داود والترمذي والحب الطعام واشتداده قوته وصلابته فهذه أحاديث من رواية خمسة من الصحابة تمنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح وعن عمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسل أنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة رواه مالك في الموطأ والفاطمة هذه الأحاديث مختلفة ومعانيها متفقة قال العلماء أما أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قاهها في أوقات مختلفة ونقل كل واحد من الرواة ماسمع وأما أن يكون قال لفظاً في وقت ونقله الرواة بالمرعى وعن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار فإذا جاز الناس وحضر تقاضيههم قال المبتاع انه أصاب الثمر الذمان أصابه مراص أصابه قشام - عاهات يحتجون بها - فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة في ذلك « أما لا فلا يتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة كالشورة يشير بها لكثرة خصومتهم » رواه البخاري والذمان - بفتح الدال وتخفيف الميم - عن يصيب النخل فيسود فينشق أول ما يبدو فيها من عنف وسواد والمراد - بضم الميم - داء يقع في الثمرة قبل أن يفسد - بضم القاف والشين المعجمة - أن يفتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحاً (وقوله) أما لا أى إن لم تفعلوا هذا فليكن هذا وأصلها أن الشرطية زيدت عليها ما وأدغمت فيها وأدخلت على لا النافية وقد يقال إن حديث زيد هذا يدل على أن النهى في الأحاديث المتقدمة ليس على سبيل التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم إما لا ولقول الراوى كالشورة لهم فان ذلك يدل على أنه ليس بمنتهى والتمسك على ذلك بقول الراوى كالشورة ليس بالقوى فان كل أوامره صلى الله عليه وسلم ونواهيهم لمصالحهم الأخروية والدينية وأما التمسك بقوله أما لا فإنه يقتضى أن النهى معلق على شرط وهو الذى تقدره محذوفاً والذى يليق بهذا الموضع أن يكون التقدير

لا يمكن منه (والثانى) القطع بأنه لا يأخذه إلى أن يلزم العقد والفرق بين الرد بالعيب وبينه أن الأخذ بالشفعة يفتقر إلى استقرار العقد وتامه (واعلم) أن هذه الطريقة الثانية لا تكاد توجد في غير كتابنا والذهاب على الطريقة الأولى إلى تخريج القولين من الخلاف في الرد بالعيب بعيد مع أن الجمهور حكوهما عن النص ولو عكس وقيل الخلاف في الرد بالعيب مأخوذ من الخلاف ههنا لسكان أشبه هذا إذا فرغنا على

إن لا ترجعوا عن الخصومة أو ما في معنى ذلك فذلك وإن كانت صورته صورة التعليق فليس المراد منه التعليق فإن رجوعهم عن الخصومة في المستقبل في حق كل أحد لا يعلم ولا يمكن أن يبقى الحكم موقوفاً على ذلك فالمراد والله أعلم أنه أنشأ النهي لأجل ذلك وكأنه استعمل بمعنى إذ التي تستعمل للتعليق ومما يرشد إلى أن النهي حتم قوله نهى البائع والمشتري فإنه تأكيد للمنع وإن كان لمصلحة للمشتري وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث وقال أبو الفتح القشيري أكثر الأئمة على أن هذا النهي نهى تحريم وقوله في حديث أنس «أرأيت إن منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه» وقد ورد في بعض الروايات الصحيحة بيان أنه من كلامه ﷺ وذلك من طريق مالك رحمه الله والدروري وخالفهما سفيان الثوري واسماعيل بن جعفر عن حميد فجعله من كلام أنس وإتقان مالك رحمه الله وضبطه مع كونه لاتنافي بينه وبين ما رواه سفيان يقتضي الحكم بكون ذلك من كلام النبي ﷺ و بكون أنس قاله من كلامه لم يأت فيه بالرفع وإن عنده عن النبي ﷺ فروى عنه كذلك على الوجهين ويثبت كونه عن النبي ﷺ وقد زعم بعض شارحي التنبيه أن الشافعي رضي الله عنه انفرد عن جمهور المحدثين برفعه وليس كذلك فقد رواه جماعة عن مالك غير الشافعي ورواه مع مالك عن حميد الدروري كما رأيت والله أعلم * (أما) الأحكام فقد قسم الشافعي والأصحاب بيع الثمرة إلى قسمين (القسم الأول) أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الأول) أن تباع مفردة عن الأشجار وذلك على قسمين (الأول) أن تكون الأشجار للبائع أو لغير المتعاقدين فيبيع الثمرة حينئذ على ثلاثة أقسام وهذا التقسيم أحسن وإن شئت تقول وهو أقرب إلى كلام المصنف أن يبيع الثمرة على قسمين (الأول) أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الأول) أن تباع من غير مالك الأصل وذلك على قسمين (الأول) أن تكون مفردة عن الأشجار وذلك على ثلاثة أقسام (الأول) أن يبيعها بشرط التبقية فيبيعها باطل بلا خلاف للأحاديث السابقة (الثاني) أن يبيعها بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف لأنه بالقطع يزول المحذور من الآفة والعاهة وعن صرح بالاجماع في المسألتين الشيخ أبو حامد والرافعي وغيرهما ونقل ابن حزم في كتابه المحكي عن سفيان الثوري وابن أبي ليلى منع بيع الثمرة قبل بدو صلاحها جملة لا بشرط القطع ولا بغيره والشافعي رضي الله عنه أخذ جواز بيعها بشرط القطع من قوله صلى الله عليه وسلم «أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه» كذلك قال في الام فإن الثمرة

أن الملك للمشتري (أما) إذا قلنا إنه بعد للبائع أو موقوف والمشتري منفرد بالخيار فعن صاحب التقرير وجه أن الشفيع يأخذ الشقص لا تقطاع سلطة البائع بلزوم العقد من جهته (والأصح) المنع لأن ملك البائع غير زائل على التقدير الأول وغير معلوم الزوال على الثاني وعلى الأول إذا أخذه الشفيع تبين أن الملك للمشتري قبل أخذه واقطع الخيار *

التي تقطع لآفة تأتي عليها فانما يتمتع ما يترك مدة تكون فيها الآفة وليس ذلك من باب تخصيص العموم بعله مستنبطة منه فان ذلك فيه خلاف وأما هذه العلة فنصوصة ولاشك أن استفادة التعليل من هذا الكلام ظاهرة وهو من أقوى درجات الايمان الذي هو أحد أدلة العلة ولعل سفيان الثوري رحمه الله إنما منع من ذلك لأن في روايته أن التعليل المذكور من كلام أنس كما قدمته فلهذا لم يأخذ به لكن في الحديث ألفاظ أخر تدل على ذلك (منها) قوله حتى تنجو من العاهة (ومنها) قوله حتى يبدو صلاحها يعني أنها بعد الصلاح تأمن من العاهات والجوائح غالباً أكبرها وغالط نواها وقبل الصلاح تسرع إليها العاهات لضعفها فاذا تلمت لم يبق شيء في مقابلة الثمن وكان ذلك من أكل المال بالباطل فاذا شرط القطع عرف أن غرضه هو الحصرم وهو حاصل وقيل معنى آخر ضعيف نقله الامام وهو أنها قبل بدو الصلاح ^(١) أجزائها كبراً ظاهراً من أجزاء الشجرة وقد اتفق على القول بالجواز الشافعية والمالكية والحنفية *

(١) يياض بالاصل

﴿ فرع ﴾ إذ باع بشرط القطع وجب الوفاء به لم ولو سمح البائع بعد شرط القطع على المشتري بترك الثمرة إلى بدو الصلاح جاز ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك نص عليه الشافعي والصيمري والماوردي والرافعي قال الرافعي ويكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير وعن أحمد أنه يبطل البيع وتعود الثمرة إلى البائع وقد يقوى ذلك بأن الغرر إنما ينتفي بأخذها ولذلك قل المصنف رحمه الله لأنه يأخذ قبل أن يتلف فقي لم يؤخذ وان كان بتراضيهما فالغرر باق ألا ترى أنه لو تراضيا على عدم شرط القطع لم يصح وطريق الانفصال عن هذا السؤال أن الحذور آفة تمنع من التسليم المستحق بالعقد وهو في هذه الصورة مأمون فان التسليم المستحق فيها التسليم عقيب العقد فاذا تراضيا على إبقائها وحصلت آفة بعد ذلك لم تكن مانعة من التسليم المستحق بخلاف ما إذا أطلق أو شرط التبقية فان التسليم المستحق بالعقد هو وقت الجذاذ فالآفة الحاصلة قبله مانعة منه وعن روى عنه من المتقدمين ما يشبه قولنا يحجي ابن أبي كثير اليامي التابعي صح عنه أنه قال لا بأس ببيع الشعير للعاف قبل أن يبدو صلاحه إذا كان يحصده من مكانه فان عفل عنه حتى يصير طعاماً فلا بأس به *

﴿ فرع ﴾ باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار ثم باع الثاني نصيبه في زمان الخيار بيع بات فلا شفعة في المبيع أولاً للبائع الثاني لزوال ملكه ولا للمشتري منه وان تقدم ملكه على ملك المشتري الأول اذا فرغنا على أنه لا يملك في زمان الخيار لأن سبب الشفعة البيع وهو سابق على ملكه (وأما) الشفعة في المبيع ثانياً فموقوفة ان توقفت في الملك وللبائع الأول ان أبقينا الملك له ولمشترى منه ان أثبتنا الملك له وعلى هذا قال في التتمة ان فسخ البيع قبل العلم بالشفعة بطلت شفعته (ان

(فرع) قال في التتمة إنما يجوز البيع بشرط القطع اذا كان المقتطوع منتفعا به كالحصرم واللوز والبلح والمشمش فاما مالا منفعه فيه كالجوز والسفرجل والكثيرى فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضاً وكذلك قال في البحر والرافعى فرع اذا باع بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى مضت مدة فان كان قد طالبه البائع بالقطع فلم يقطع وجبت الاجرة والا فلا قاله الخوارزمى *

(فرع) التسليم في ذلك هل يكون بالتخلى كما هو تسليم الثمار فتكون مؤنة القطع على المشتري اولا يكون الا بالنقل والتحويل فتكون مؤنة القطع على البائع الذى يظهر من كلامهم الثانى ويظهر أثره فيما لو نلقت قبل قطعها هل يجرى فيها خلاف وضع الجوائح وسند كرهه في موضعه ان شاء الله تعالى (القسم الثالث) ان يبيعها مطلقا لا بشرط القطع ولا بشرط التبقية فذهبنا ان البيع باطل للأحاديث وبه قال مالك وأحمد وإسحق وداود وقال ابو حنيفة رضى الله عنه البيع جائز صحيح ويؤخذ المشتري بقطعها في الحال بناء على اصله في أن الأطلاق يقتضى القطع لأن من حقوق العقد التسليم من غير تأخير والتسليم لا يتم الا بالقطع وعندنا الاطلاق ينتضى التبقية فنحن نخالفه في المسألة وفي الأصل الذى بني عليه ولهذا قال لا يصح البيع بشرط التبقية لا بعد الصلاح ولا قبله وبشرط القطع يصح فيهما والاطلاق كشرط القطع ونحن نقول بشرط القطع يصح في الحالين وبشرط التبقية يصح بعده ولا يصح والاطلاق كشرط التبقية واستدلوا بأن حمل العقد على الصحة اولى فينبغى ان تنزله على القطع ليصح وبالقياس على ما بدا صلاحها وعلى ما شرط قطعها وعلى رهنها وأجاب أصحابنا بأن النهي ورد مطلقا فلا يكون تنزيله على شرط التبقية لا طلاقه ولا على شرط القطع للاجماع بيننا وبين الخصم فتعين ان يحمل على البيع المطلق وأيضاً ان النهي توجه الى المعهود من البياعات والمعهود من البيع اطلاق العقد دون تقييده بالشرط نصار النهي بالعرف متوجها الى المطلق دون المقيد ولأن العرف في الثمار ان تؤخذ وقت الجذاذ فصا المطلق كالمشروط التبقية والتسليم الواجب في العقد في كل شيء بحسبه وليس التسليم بالقطع والتحويل وإنما هو برفع اليد والتحكين وأما إطلاق العقد وحمله على الصحة فغير مسلم بل يحمل على ما يقتضيه الاطلاق ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد وقد يتقيد المطلق إذا كان هناك عرف يقيده لم يؤثر القيد إما في التصحيح وإما في الافساد

قلنا) ان الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله (وان قلنا) يرفعه من حينه فهو كما لو باع ماله قبل العلم بالشفعة وان أخذه بالشفعة ثم فسخ البيع فالحكم بالشفعة كالحكم في الزوائد الحادثة في زمن الخيار (الثانية) اذا وجد المشتري بالشفعة عيباً قديماً فاراد رده وجاء الشفيع يريد أخذه ويرضى بكونه معيباً فيه قولان ويقال وجهان (أحدهما) ان الشفيع أولى بالاجابة لان حقه سابق على حق

وليس ذلك سعيًا في التصحيح ولا في الافساد بل هو واقع من ضرورة القيد (وأما) القياس على مابدا صلاحها فلا يصح لوجهين (أحدهما) أنه يدفع النص (والثاني) أن مابدا صلاحه يخامر العاهة والقياس على المشروط القطع مردود بتقدير أن المطلق يقتضي التبقية والقياس على الرهن فجوابه أن لنا في رهنها قبل بدو الصلاح قولين فإن جوزنا فلأن الرهن والهبة والوصية لا ضرر في عقدها قبل بدو الصلاح لأنه لا عوض في مقابلتها بخلاف البيع فإنها إذا تلفت ضاع الثمن ثم اعترضوا بما قدمته من رواية زيد ابن ثابت وقوله أن النهي كان كالمشورة وقد تقدم الكلام فيه وأجاب أصحابنا أيضاً عنه بوجهين (أحدهما) أن تأويل الراوى مرجوع اليه إذا احتمل الخبر أمرين والمراد أحدهما بالاجماع كتفسير التفرق في خيار المتبايعين وكقوله إلاها وه تسيير عمره (أما) في تخصيص العموم ومخالفة الظاهر فلا (والثاني) أن ظاهر رواية زيد وقوله أنه حضر تقاضيهما أنه كان قد وقع على شرط التبقية ولا يقال وقت التقاضى بعد مدة إلا إذا كان مشروطاً وهذا الظاهر مشروط بالاجماع لأنه متى شرط التبقية بطل ثم لا وجه لتمسك الحنفية به لأنهم ينعون شرط التبقية بعد بدو الصلاح كما ينعونه قبله والحديث المذكور يقتضى الفرق بين الحالتين وحمل الغزالي في التحسين المشورة في ذلك على تعرف أحوال المرأة ونجاتها من العاهة وأن ذلك لا يحصل إلا بالزهو فلما عرف العلة بالمشورة أثبت حكم الشرع بناء على العلة كما قال لاسائل «أينقص الرطب إذا جف» ودليله أنه لما ذكر حالة الاحتياج قال فبم يأخذ أحدكم مال أخيه فهذا يدل على تحريم أخذ المال مع توقع الهلاك على قرب (قلت) وقد قدمت ما يرجح تأويله غير ذلك وقد صح عن زيد بن ثابت أنه لم يكن يبيع ثمار أمواله حتى تطلع الثريا فيتمين الأحمر من الأصفر وروى عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم أنه لا يباع حتى يؤكل من الثمر قال الشيخ أبو حامد ولا يخالف لهما من الصحابة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التبقية لأنها المعتاد فلو كان في البلاد الشديدة البرد كرم لا تنتهى ثمارها إلى الحلاوة واعتاد أهلها قطع الحصرم في بيعها وجهان عن الشيخ أبي محمد أنه يصح من غير شرط القطع تنزيلا لعاداتهم الخاصة منزلة العادات العامة فيكون المعهود كالمشروط وامتنع الأكثرون من ذلك ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة وهذا الخلاف يجري فيما

المشتري فإنه ثابت بالبيع ولأن الغرض للمشتري استدراك الظلامة والوصول إلى الثمن وهذا الغرض حاصل بأخذ الشفيع ولأننا لو قدمنا المشتري بطل حق الشفيع بالسكينة ولو قدمنا الشفيع حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته (والثاني) أن المشتري أولى لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد وسلم عن الرد لأنه قد يريد استرداد عين ماله ودفع عهدة الشقص عن نفسه والاول أرجح عند الأكثرين

إذا جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالرهون والقفال يرى اطراد العادة فيه كشرط عقد في عقد فيفسد الرهن وأشار امام الحرمين إلى تفريغ ذلك على مهر السر والعلانية وان هذا أقرب من تلك المسألة لان أعمال التواطؤ في تلك المسألة الغاء صريح اللغة الثابتة فقد لا يحتمل ومن نظائر ذلك ما اذا جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض فالمذهب جواز اقراضه وفيه وجه وهذه مسائل كلها متقاربة للمأخذ والخالف في بعضها لعله يخالف في الباقي ولكن اتبعت في نقل مسألة الحصرم عن الشيخ أبي محمد ومسألة الرهن عن القفال مافي النهاية والرافعي نقل مسألة الحصرم عن القفال (فاما) لنسبة هذه القاعدة اليه (واما) لنقل خاص عنده وفي الوسيط نسبة إلى المنع في المسألتين إلى القفال ونسبه إلى ابن أبي الدم إلى الخليل والتهافت (أما) الخلل فلما ذكرته (وأما) التهافت ففي قوله المنع وتأويله أنه خالف من أبطل في مسألة الحصرم وخالف من صحح في مسألة الرهن قال ابن الرفعة كلام الشيخ أبي محمد مبين لكلام القفال لأن القفال اعتبر العادة وحدها والشيخ أبو محمد اعتبر العادة مع كون ذلك لا ينتهي إلى الخلاوة فقد يحتمل ذلك حالة كاله حتى لو جرت عادة بقطع العنب الذي يجيء منه عنب حصرم صح العقد عليه عند القفال بدون شرط القطع ومن ذلك يخرج في مسألة الحصرم ثلاثة أوجه وهذا الذي قاله ابن الرفعة محتمل ولا يمكن ظاهر كلام الناقلين عن الشيخ أبي محمد أنه إنما اعتبر العادة وإنما فرضنا في ذلك لانه الذي يعتاد قطعه حصرماً (أما) ان ذلك معتبر عنده في الحكم فيحتاج إلى نقل ومنهم من حمل قول الغزالي ومنع القفال في المسألتين على منع الصحة في مسألة الرهن ومنع وجوب التبقية في الحصرم وحمل الحصرم على ما بدا صلاحه لقول الجوهري ان الحصرم أول العنب والمراد أنه لا تجب تبقيته إلى أوان الجذاذ كما يقتضيه اطلاق غيره من الاصحاب وهذا حمل حسن أيضاً لكن الأقرب أن الحصرم لم يبد صلاحه وقول الجوهري معناه أول الثمرة التي نهايتها عنب* واعلم أن ههنا أموراً أربعة يجب التمييز بينها (أحدها) العرف (والثاني) العادة وينقسم كل منهما إلى عام وخاص والعرف غير العادة فإن المراد بالعرف ما يكون سبباً لتبادر الذهن من لفظ إلى معنى من اللفظ كما تقول الدابة حقيقة عرفية عامة في ذوات الأربع والجوهر حقيقة عرفية خاصة في المعني المصطلح عليه بين المتكلمين والمراد من العادة ما هو مألوف من الأفعال وما أشبهها فهذان قسمان متغايران العادة والعرف وقد تجعل العادة أعم وتنقسم إلى عادة قولية وهي ما سميها بالعرف وعادة فعلية وهي مقابلة وقد يطلق العرف على الجمع والأمران الآخران

ومنهم من لا يذكر غيره ولو رده بالعيب قبل مطالبة الشفيع ثم جاء الشفيع طالباً فلا يجاب (ان فلنا) المشتري أولى عند اجتماعهما (وان قلنا) الشفيع أولى فوجهان (أحدهما) لا يجاب بتقديم الرد وفي (الآخر) يجاب ويفسخ الرد أو نقول تبيننا أن الرد كان باطلاً والخلاف في أن الشفيع أولى أو المشتري

(أحدها) الالفاظ التي تطلق في العقود وفي تقييد مطلقها وتفسير مجملها (والثاني) ما ينزل عليه العقد من الأمور التي تجعل كأنها شرطت في العقد وهذان أمران متغايران أيضاً فان الاول يرجع إلى تنزيل لفظ مطلق جرى في العقد علي معني كحمل الدرهم علي الدرهم المتعارف في البلد وحمل المسلم فيه علي السليم لانه المتبادر الي التذهن عند الاطلاق دون الغيب والثاني يرجع إلى تقدير شرط مضموم إلى العقد كمسألتنا هذه فاعتبار العرف العام لاشك فيه في تقييد اللفظ المطلق كما لو قال اشترى دابة لم يشتر إلا ذات الاربع والعرف الخاص كالاصطلاح على تسمية الالف الفين في مهر السر ومهر العلانية (وأما) العوائد الفعلية فان كانت خاصة فلا اعتبار بها وان عمت واطردت فقد اتفق الاصحاب على اعتمادها وذكروها أمثلة (منها) تنزيل الدراهم المرسلة في العقود على النقد الغالب وهذا إن قدمته في قسم العرف فان هذه العادة أوجب اطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ فالرجوع في ذلك إلى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ إلى العادة (ومنها) أنا لانخرج المتكاسر إلى ذكر المنازل وتفصيل كيفية الاجزاء وهذا مثال صحيح وهي من قسم ما يرجع إلى تقدير شرط مضموم إلى العقد وكثير من أحوال العقود يحمل على ذلك كالتسليم والقطع والتبقيّة كبقية أجزاء البهيمة المكراة والمقدار الذي يطوى في كل يوم ووجوب تسليم الألف والثمن والنجار وجميع الادوات عند استئجار الدابة وضابطه كما غلب على وجه يسبق مقتضاه من اللفظ إلى الفهم سبق المنطوق به على وجه يعد التعرض له مستقصيا مستغلا بما لاحاجة إلى ذكره وكثيراً ما يسمى الفقهاء ذلك عرفاً لعمومه ولأن فهم هذه الاشياء صار في العرف لمفهوم اللفظ فالنحو بالعادة القولية قال الامام وكل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو الحكم ومضمرة كالمذكور صريحاً وكل ما يتعارض للظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه فهو مثار الخلاف يعني ما تتعارض الظنون في اطرادها واما ما لا يطرد جزماً فلا يعتبر وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر فلا تخصص عاماً ولا تقييد مطلقاً كما اذا حلف لا يأكل خبزاً ولا يلبس ثوباً فيحنت بأكل خبز الشعير ولبس الكتان وان كانت عادته أن لا يأكل الا القمح ولا يلبس الا الحرير والسبب في ذلك أن العرف القولي ناسخ للغة وناقل للفظ والفعل لا ينقل ولا ينسخ

جاز كما إذا اشترى شقصاً بعبد ثم وجد البائع بالعبد عيباً فأراد رده واسترداد الشقص وأراد الشفيع أخذه بالشفعة والمسألة مذكورة في الكتاب من بعد وسنعود إليها وحكي في التهذيب جريانه أيضاً فيما إذا اشترى شقصاً بعبد وقبض الشقص قبل تسليم العبد فتلف العبد في يده حتى تبطل شفعة الشفيع في وجهه ويتمكن من الأخذ في الثاني كما لو تلف بعد أخذ الشفيع فان الشفعة لا تبطل بل على الشفيع قيمة العبد المشتري وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع والذي أورده صاحب الشامل وغيره أنه إذا

ولا معارضة بينه وبين اللغة وإطلاقهم في ذلك صحيح وما قدمناه غير معارض له والله سبحانه وتعالى أعلم * ثم أشار الامام أيضاً الى تخريج مسألة قطع العنب حصراً على خلاف الأصحاب في أن الشيء النادر اذا طرد كدم البراغيث في بعض الأصقاع هل يعطى حكم العام فيعفى عنه وقطف العنب حصراً في غاية الندور فان فرط اطراد عادة بقعة به فهو على ذلك الندور *

﴿ فرع ﴾ لو باع ثمرة لم يبد صلاحها على شجرة متلوعة * قال الرويانى لانص فيه (قال) وقد قال أصحابنا يجوز بيعها مطلقاً من دون شرط القطع لأنها لاتنمو ولا تأخذ من أجزاء الشجرة لو بقيت عليها بخلاف غيرها (قلت) وهذا يشير الى المعنى الذى نقله الامام واستضعفناه فيما تقدم ولكن ينبغى أن يقال لأنه لا يخشى عليها العاهة التى ورد النهى لأجلها فان هذه لا يجب تبقيتها على الشجرة فيما يظهر لى * واذا كان كذلك فيجب قطعها في الحال والله أعلم * ومن نص على الصحة في ذلك أيضاً الخوارزمي وعالله بان العقد يحمل على العادة والعادة فيه القطع وكذلك صاحب التتمة والنووى في الروضة فهذا ما يتعلق بالقسم الأول وهو ما اذا بيعت الثمار مفردة عن الأشجار من غير مالك الأشجار *

﴿ فرع ﴾ اذا اشتراها قبل بدو الصلاح بشرط التبقية وقطع منها شيئاً قال الشافعى فيما نقله أحمد ابن بشرى من نصوصه ان كان له مثل رده ولا أعلم له مثلاً فاذا لم يكن بقيته (قلت) ومن هنا اسندت فائدة عظيمة أن المبيع بالبيع الفاسد اذا كان مثلياً يضمن بالمثل كما هو القياس وان كان بعضهم قال إنه يضمن بالقيمة وإطلاق صاحب التنبيه يقتضيه فهذا النص استفدنا أنه يضمن بالمثل والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ اذا اشترى ذلك بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح فان كانت الثمرة لا زكاة فيها فللبائع الاجبار على القطع كما كان قبل ذلك وان كانت الزكاة تجب فيها فهل له ذلك أو لا يجاب الى ذلك بل ينسخ العقد فيه قولان وقيل بمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها وبطل البيع رواه القفال عن الشافعى لتعذر التسليم كما لو اشترى حنطة فانها لت عليها حنطة أخرى * قال ابن الرفعة وهذا فيه نظر لأن المستحق بعض المبيع وهو على الاشاعة فليكن البطلان ان قيل به في قدر الزكاة كما اذا استحق بعض المبيع قال وجوابه أن مافضل عن قدر الزكاة يجب قطعه لو بقي العقد فيه

كان الثمن عيناً وتلف قبل القبض بطل البيع والشفعة (الثالثة) ستعرف أن الشقص المهور مأخوذ بالشفعة فلو أصدقها شقصاً ثم طلقها قبل الدخول أو ارتد وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة فله أخذ نصفه (وأما) النصف الآخر فالزوج أولى به أو الشفيع فيه وجهان وكذلك إذا اشترى شقصاً وأفلس بالثمن فاراد البائع الفسخ والشفيع الأخذ بالشفعة فيه الوجهان (أحدهما) أن الزوج والبائع أولى بالاجابة لاستناد حقهما إلى ملك سابق وأيضاً فان البائع لم يرض بزوال الشقص إلا على أن يسلم له الثمن فاذا لم يسلم

وهو لا يمكن فلذلك تعذر تسليمه وكذلك يمنع من بيع بعض الثمار مشاعا قبل بدو الصلاح بناء على منع القسمة لأن الشركة تمنع من صحة شرط القطع لما في ذلك من تغيير عين المبيع (القسم الثاني) بحسب ما اقتضاه كلام المصنف اذا بيعت الثمار مع الأشجار من غير شرط القطع فانه يصح وقد نص الشافعي رضي الله عنه على هذه المسألة نقلها القاضي أبو الطيب عن نسه في الرسالة وقد رأيتها في الأم أيضاً في باب ثمرة الحائط يباع أصله قال فان قال قائل فكيف أجزتم بيع الثمرة لم يبدصلاحها مع الحائط وجعلتم لها حصصاً من الثمن ولم تجزوها على الأفراد (قيل) بما وصفنا من السنة وأراد الشافعي بالسنة الحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الا أن يشترط المبتاع » وذكر الشافعي في الأم في هذا الموضع جواز بيع الدار بطريقها ومسيل ماؤها وأفتيتها وذلك غير معلوم لانه في معنى الثمرة التي لم يبدصلاحها تتبع في البيع ولو بيع شيء من هذا على الأفراد لم يجز وكذلك العبد يباع بجملة جوارحه ولو أفرد بعضها لم يجز فوافق في هذا وخالف في أنه لا يجوز افراد بعض جوارحه مع القطع أيضاً * قال القاضي أبو الطيب ولو كان القطع يعني في الثمرة اذا بيعت مع الأصل شرطاً لقال يعني في الحديث الا أن يشترط المبتاع القطع وفيه معنى وهو أنها متصلة بالأصل فعني عن الغرر فيها كأساسات الدار وأصول الجدوع وطى الآبار وغير ذلك وأيضاً فإنه اجماع لا خلاف فيه هذا كلام القاضي أبي الطيب (وأما) ما ذكره من المعنى فهو الذي ذكره المصنف وذكره غيره من الاصحاب أيضاً ومزادهم ان الأصل غير متعرض للعاهة والثرمة تابعة لكن المصنف عدل عن الأمثلة المذكورة الى الحمل وكأنه لحظ في ذلك أن تلك الاشياء أجزاء من المبيع حقيقة والثرمة والحمل كل منهما ليس بجزء حقيقي فكان قياسها عليه أولى ولك أن تقول أما قياسها على الحمل فان كان المراد ما اذا بيعت الام ودخل الحمل تبعاً فلغرض ظاهر وان كان المراد ما اذا صرح بدخوله حتي يكون كمنسألتنا هنا فقد قال الاصحاب انه اذا قال بعتك هذه الدابة وحملها ففي صحة العقد وجهان (أحدهما) عند الرافعي وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو علي انه لا يصح (والثاني) وبه قال أبو زيد وهو مقتضى كلام القاضي أبي الطيب صحة ومقتضى كلام القاضي أبي الطيب في شرح الفروع أن قول الصحة مفرع على أن الحمل قسطاً من الثمن والقول الآخر على أنه ليس له

وجب أن لا يؤخذ منه (وأصحهما) أن الشفيع أولى لأن حقه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق وحق البائع بالافلاس وأسبق الحقين أولى بالرعاية ولأن منع الشفيع ابطال حقه واذا قدمناه لا يبطل حق الزوج والبائع وانما ينتقل الى البديل ولأن حق الشفيع أقوى من حق الزوج والبائع ألا ترى أن الشفيع يبطل تصرف المشتري عند افلاسه ولا الزوجة تصرف الزوج قال الشيخ أبو علي والوجهان مبنيان على القوانين فيما اذا كان الخيار للمشتري وحده وأراد الفسخ والشفيع أراد أخذه بالشفعة وقد قدمناها وذكر

قسط (وأما) قياسها على الأساس فإن كان كلام الأصحاب وإن كان يقتضى الصحة في بيع الدار وأساسهم
لكنهم أجروا خلافاً في بيع الجبة وحشوها فطريقة قاطعة بالصحة لأنه جزء بخلاف الحمل وطريقة مجرية
للخلاف فهلا جرى في الثمرة مثل هاتين الطريقتين (فإن قلت) مأخذ البطلان عند من يقول أيها في
بيع الدابة وحملها والجبة وحشوها أنه جعل المجهول مبيعاً مع المعلوم وكل واحد من الحمل والحشو يمنع
افراده بالبيع والثرثرة بعد التأخير وقبل بدو الصلاح يصح بيعها ولكن بشرط القطع ولا يلزم من إيجاب
هذا الشرط عندما تباع وحدها إيجابه إذا بيعت مع غيرها ولا من القول بالبطلان في مسألة الحمل والجبة
القول به هنا (قلت) يرد ذلك قول الشافعي رضي الله عنه الذي قدمته قريباً بجواز بيع الدار بطرقها
ومسائل ماؤها وأقنيتها وذلك غير معلوم لأنه في معنى الثمرة التي لم يبد صلاحها تتبع في البيع فهذا النص
يقتضى الصحة في الجميع وأنه إذا قال بعثك الدابة وحملها يصح وهو رأي أبي زيد وأيضاً فإن الثمرة قبل
بدو الصلاح إذا امتنع البيع فيها مطلقاً وهي منفردة صارت غير قابلة للبيع على هذه الصورة وما لا يجوز
بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصوداً مع غيره كالحمل وكيفما قدر لا يصح قياس الصحة في مسألة اثره على
الحمل إلا عند من يقول بالصحة فيما إذا قل بعثك الدابة وحملها (والمشهور) خلافه فكيف ساغ
للمصنف القياس عليه * ومن وافق للمصنف على القياس على الحمل الرافعي رضي الله عنه والاشكال
عليه أشد فإنه صرح بأن بيع الأم وحملها لا يصح على الأصح (وأما) للمصنف فاعله يرى الصحة فإن
القاضي أبا الطيب في شرح الفروع قال إن أكثر أصحابنا على أنه يصح بيع الشاة ولبنها والجبة وقطنها
إذا علم أن الحشو قطن وقال إن مسألة الحمل مبنية على أن الحمل له قسط من الثمن أو لا يعني إن
قلناه قسط صح والا فلا لعدم العلم به ويتفق وجوده واستشهد للصحة في بيع الشاة ولبنها ببيع الدار وحقوقها
والجوز ولبه والرمان وحبه على أنه قال في آخر كلامه أنه يجوز تخريجها أغنى الجوز ولبه والرمان وحبه
على الخلاف فبالجملة الرافعي غير معذور في القياس على الحمل وإنما يصح القياس ممن يرى
الصحة وكلام الشافعي في هذا الباب يدل على أن الحمل ليس له قسط من الثمن وذلك يعضد
القول بعدم الصحة في مسألة الحمل ويقوى الاشكال على القياس عليه وقد يترك القياس المذكور

الامام وصاحب التهذيب أن الوجهين متولدان من جواب ابن الحداد في الصورة الأولى أن الشفيع
أولى وجواب أبي اسحق في الثانية بأن تصرف البائع أولى وتصرف من بعدهما من الأصحاب في
كلامهما وجعلوا صورتين على جوابين بالنقل والتخريج وقطع بعضهم بجواب ابن الحداد في الصورة
الأولى وبجواب أبي اسحق في الثانية والفرق أن الثابت للزوج بالطلاق الملك والشفيع ثبت له ولاية
الملك لأنفس الملك فكان الزوج أولى بالتقديم وفي الصورة الأخرى الثابت للبائع والشفيع معاً ولاية

لخفاء مأخذ الصحة في مسألة انتفاء المعنى الذي ذكرته عن الامام في منع البيع بغير شرط القطع وهو امتصاصها من ملك البائع وهذا المعنى مفقود فيما إذا باعها معها أو تقول بأنها إذا باعها مع الشجر حصل تسليمها تاماً فحصل الأمن من العاهة في يد البائع بكل من المعنيين المقتضى لبطلان بيعها وحدها مفقود في بيعها مع الشجرة فتعليل الصحة بهذا المأخذ أسلم عن الاعتراض من التعليل بالتبعية لما عرفته (فان قلت) ظاهر ما حكيت من نص الشافعي يقتضى الصحة في بيع الدار بمسيلها وأفنيها وطرقها وهي غير معلومة وكيف يقع العقد على أما كن لم يرها المأخذ (قلت) يعتذر ذلك تبعاً كالأساس والتحقيق في ذلك كله أن ما دخل في معنى البيع وكان جزءاً فإنه يجوز أن يبيعه معه كحشو الجبة والأساس وما كان خارجاً عن مسماه وليس بجزء منه ظاهر النص الذي حكيت يقتضى الجواز فيه أيضاً لأن المسيل والطرق خارجة وبه جزم القاضي أبو الطيب ولم يحك فيه خلافاً في شرح الفروع فان صح ذلك فالجمل بطريق أولى من جهة أنه كالجزء ويحتمل أن يبطل فيه وان صح في تلك تحريجاً على أن الحمل لا يعلم ولهذا قال الشافعي في كتاب الصرف ولاخير في أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عقابها هذا كله إذا جعله مقصوداً بأن قال بعك النخلة وثمرتها أو الجارية وحملها هذا ما يتعلق بالمعنى الذي أبداه القاضي أبو الطيب والمصنف (وأما) ما ادعاه القاضي أبو الطيب من الاجماع فان ذلك صحيح فيما إذا كان على وجه الاشتراط كقوله بعك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك فان ذلك صحيح لاشك فيه للحديث ما إذا أتى به على وجه البيع كقوله بعك النخلة وثمرتها فإنه يجوز عندنا وعند المالكية لكن مذهب مالك أنه لاحصة للثمرة من الثمن وكذلك مذهبه إذا اشتراها مشترى النخلة بعد شراء النخلة وهو بعيد وقال ابن حزم الطاهري لا يجوز بيعها مع الأصول ولا فيها إلا بالاشتراط فقط أخذاً بظاهر لفظ الحديث وللأولين أن يقولوا انه لا معنى لادخلها بالشرط إلا إدخالها في البيع والا فهي لا تدخل عند الإطلاق ومتى أدخلها في البيع بأي لفظ كان فقد صارت مبيعة مع الشجر نعم هل تقابل بقسط من الثمن أو لاجزم الشافعي بقوله هنا بأنها تقابل بقسط وقال في الحمل هنا انه لا يقابل بقسط مع أن الأصح من المذهب أنه يقابل أيضاً *

التملك لكن الشفيع أسبق حقاً فهو أولى بالتقديم وإذا قدمنا الشفيع في صورة الافلاس فظاهر الوجوه وبه اقال ابن الحداد ان الثمن المأخوذ من الشفيع مقسوم بين العرماء كلهم لأن حق البائع اذا انتقل عن العين الى الذمة التحق بسائر العرماء (والثاني) ويحكى عن ابن سريج أنه يقدم البائع بالثمن رعاية للجانبين (والثالث) أنه ان كان البائع سلم المشتري ثم أفلس المشتري لم يكن أولى بالثمن لرضاه بذمة المشتري وان سلم فهو أولى بالثمن والطريقان جاريان فيما اذا اقتضى الحال عود كل الصداق الى الزوج لردّه أو فسخ قبل الدخول هذا اذا اجتمع الشفيع مع الزوج أو البائع أما لو أخذ الشفيع

﴿ فرع ﴾ هذا الحكم الذي ذكرناه من جواز بيع الثمرة مع الأصول من غير شرط القطع لا خلاف في المذهب فيه أعلمه قال الرافعي رحمه الله بل لا يجوز شرط القطع لما فيه من الحجر على الشخص في ملكه وسبقه في ذلك صاحب التتمة وقال انه لو شرطه بطل (قلت) يرد عليه إذا باع الثمرة من يملك الأصل فإن شرط القطع فيه حجر على الشخص في ملكه يعين ما قال ومع ذلك فقد قال الرافعي ان الأصح عند الجمهور وجوبه وعلل الخوارزمي المنع بأنه يضر بمقتضى العقد إذ مقتضاه الابقاء ثم استشكله بأن ما يحمل عليه مطلق العقد من العادة بين الناس لا يصير قضية لازمة كالإطلاق يحمل على الحلول والنقد الغالب ثم لو عين تقدراً لا أجلاً صح وقال ابن الرفعة يشبه على طريقة الامام والغزالي فيما إذا شرط في بيع العبد أن لا يكسوه إلا كذا أن يصح ويلغى الشرط وههنا القبض بالتخلية بلا اشكال لأن التخلية تحصل في الأصل والثمرة معها إذ الثمرة تابعة للشجرة في التسليم والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ اطلاق المصنف جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح يشمل ما اذا بدت من أكامها وكانت مريئة وأما اذا لم تكن كذلك وكذلك من وقفت على كلامهم من الأصحاب أطلقوا المسألة ويشهد لذلك كلام الشافعي الذي قدمته في بيع الدار بمسليها وطرقها وهي غير معلومة لأن ذلك بيع وذلك ظاهر إذا قلنا يجوز بيع الطلع في قشره وهو الأصح (أما) إذا منعناه فيحتمل أن يقال انه يجوز أيضاً تبعاً كما سقط شرط القطع ويحتمل أن لا كما لو باعها معها بعد الصلاح (القسم الثالث) اذا باع الثمرة وحدها من مالك الاشجار بأن كان يملك أصلها يبيع متقدماً أو هبة أو وصية أو كان قد أوصى له بشجرة ومات الموصى فملكها وبقيت الأصول للورثة اذا باع الثمرة في هذه الصورة من مالك الأصول هل يصح من غير شرط القطع فيه وجهان (أحدهما) يصح لما ذكره المصنف وهو الذي جزم به المصنف في التنبيه وصححه الجرجاني والغزالي وادعي ابن التلمساني أن الأكثرين على ترجيحه والبندنجي أنه ظاهر المذهب لانه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره فعلى هذا لو شرط القطع بطل العقد لأنه يناقض مقتضى العقد قاله القاضي حسين في الزروع واعترض على القياس الذي ذكره المصنف بالفرق فانه إذا باع الثمرة وحدها كانت العلة المذكورة في الحديث متوقعة

انقص من يد الزوجة ثم طلق الزوج أو من يد المشتري ثم انه أفلس فلا رجوع للزوج والبائع الى الشفيع بحال لكن ينتقل حق البائع الى الثمن وحق الزوج الى القيمة في مالها كما لو زال الملك يبيع أو غيره ولو طلقها قبل علم الشفيع وأخذ النصف ثم جاء الشفيع ففي استرداده ما أخذه الزوج وجهان كما اذا جاء بعد الرد بالعيب وحكى الامام طريقة أخرى قاطعة بالمنع لان المهر يتشطر بالطلاق من غير اختيار فيبعد نقصه وان قلنا يسترده أخذه وما بقي في يدها والا أخذ ما في يدها ودفع اليها نصف مهر

من أكل المال بالباطل (وأما) إذا باعها مع الشجرة فعلي تقدير تلف الثمرة يرجع الى الأصل فلا يكون
أكل المال بالباطل (والثاني) وهو الأصح عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والحاملي والرويانى
والشاشى وابن أبي عصرون والجمهور على ما حكاه الرافعى أنه لا يصح والفرق بينه وبين ما إذا جمعها عقد
واحد أن العقد إذا جمعها كانت الثمرة تابعة بمعنى عن الفرر فيها كالأساس بخلاف ما إذا أفردت وقال
الرويانى مع تصحيحه لهذا الوجه ان الاول ظاهر المذهب وقال فى إيجابه انه أعني أظهر القولين (١)
هو القياس وفى هذا الكلام أن الخلاف قولان لا وجهان *

(٢) ومن (٣) فرع على هذا الوجه لا يجب الوفاء بهذا الشرط كما تقدم والخوارزمى فى تعليله (٤) وصرح به
النووى فى المنهاج وأبدى ابن الرفعة فيه نظراً أخذاً من قول القاضي حسين قال بعضهم ويمكن بناء
الوجهين على التعليين فى منع بيع الثمرة قبل بدو الصلاح ان علل بالمشار اليه فى الحديث وهو أخذ الثمرة
بتقدير التلف بغير عوض اقتضى البطلان هنا وان علل بأن توقع التلف قبل الجذاذ يمنع تحقق التسليم
اقتضى الصحة لأن التسليم متحقق فان الاصل فى ملك المشتري فلا علة لغيره فى المبيع وقال ابن الرفعة بعد
أن ذكر عن بعضهم فى تعليل هذا الوجه أن سبب التصحيح فى بيعها معاً أن الأصل الشجر والثمار
فيها وان ذكرت تابعة لها فلا يضر تعرض العاهة لها ولا كذلك إذا بيعت منفردة قال وهذا القائل
تخير أن يقول ان التسليم لا يحصل بذلك والالم يصح له ما ذكر من التوجيه وهو مستمد من قول بعض
الأصحاب أن من فى يده وديعة ونحوها إذا ابتاعها ووفر الثمن لابد من النقل والتحويل ليحصل القبض
وفارق ما إذا باع الثمرة مع النخل فان التسليم بالتخلية بينه وبين النخل شملها وعن ابن الصباغ
والبندنجى والحاملى أن هذا الوجه القائل بأنه لا يصح إلا بشرط القطع أقيس وما ادعوه من القياس
فيه نظر والله أعلم * ولنرجع الى كلام المصنف (قوله) ولا يجوز بيع الثمار والزروع من غير شرط القطع
شمل قسمين المبيع بشرط التبقية المجمع على بطلانه والمبيع المطاق الذى خالفنا فيه أبو حنيفة والاستدلال
بالحديث على القسمين ظاهر وكذلك بالمعنى الذى ذكره من قوله ولأن المبيع انما ينقل على حسب
العادة الى قوله وذلك غرر من غير حاجة فلم يجوز وقد تقدم بسط ذلك وبيانه فى ذكر حججنا وحجج

المثل ولو كان للشقص المهور شفيعان فطلبا وأخذ أحدهما نصفه وطلقها قبل أن يأخذ الآخر
فلا يأخذ الزوج النصف الحاصل فى يد الشفيع (وأما) النصف الآخر فهو أولى أم الشفيع فيه
الخلاف السابق ويجرى فيما إذا أخذ الشفيعين من يد المشتري ثم أفلس فان قلنا الشفيع أولى ضارب
البائع مع الغرماء بالثمن (وان قلنا) البائع أولى فان شاء أخذ النصف الباقي وضارب مع الغرماء بنصف
الثمن والا تركه وضارب بجميع الثمن *

(٢٠١) يياض
بالاصل

الحصم (وقوله) وان باعها بشرط القطع هو القسم الذى تكلمنا عليه ثانياً وادعى جماعة فيه الاجماع وتقدم ما فى ذلك (وقوله) لا بد يأخذه قبل أن يتلف أى يستحق أخذه والا فقد يتراضيان على بقاءه وقد تقدم انه يجوز ذلك عندنا (وقوله) وان باع الثمرة مع الأصل أى سواء كان ذلك بصيغة الشرط أم بصيغة البيع (وقوله) لأن حكم الغرر يسقطه إشارة الى أن الغرر لا ينتفى ولكن لا يكون له حكم شرعاً (وقوله) كالغرر فى الحل يسقط حكمه اذا بيع مع الأصل طاهر ذلك انه يختار الصحة فيما اذا باع الجارية وحملها وكذلك يقتضيه كلام القاضى أبى الطيب فى هذا الموضع (والأصح) فى المذهب خلافه كما تقدم (وقوله) وان باع الثمرة ممن يملك الأصل الى آخره هو هذا القسم الثالث الذى شرحته وقد تقدم وسيأتى القسم الآخر الذى بقى من أقسام بيع الثمار وهو أن يكون بعد بدو الصلاح فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ إذا باع الثمرة التى لم يبد صلاحها وأطلق ثم باع من مشتريها النخل بعد ذلك صح بيعه النخل ولا يصح بيع الثمرة بل هو مقر على بطلانه وأبدى الامام فى كتاب المساقاة تخريج وجه فيه بما اذا زارعه على الارض بين النخيل ثم ساقاه عليها أنه يصح ويتبين بالمساقاة بعدها صحة للزراعة على بعد من استبعاده لهذا الوجه قال فان كان لهذا الوجه صحة وثبت فلا بد من طرده فى بيع الثمار اذا تقدمت واستأجر عنه بيع الاشجار هذا ما يتعلق بمسائل الثمار (وأما) الزروع فقد أدرجها المصنف مع الثمار وأجراها مجرى واحد والاقسام التى فى الثمار عائدة بعينها فى الزروع (القسم الاول) أن يبيعها مفردة عن الارض من غير مالك الارض قبل الاشتداد فان باعها بشرط التبقية أو مطلقاً بطل الحديث وهو قوله « وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة » وفى الحديث الآخر « وعن بيع الحب حتى يشتد » وقياس مذهب أبى حنيفة وتجوزيه البيع فى الثمار مطلقاً أن يجوز فى الزروع أيضاً وان باعها بشرط القطع جاز عندنا وعند جمهور العلماء كما تقدم فى الثمار وخالف سفيان الثورى وابن أبى ليلى كما خالفنا هناك فقالا لا يجوز مطلقاً واتفق هؤلاء العلماء المشهورون وسفيان وابن أبى ليلى أيضاً على أنه لا فرق فى الزرع فى السنبل والفصيل يمتنع بيع الفصيل من غير شرط القطع وخالف ابن حزم الظاهرى فجوزوه تمسكاً

قال ﴿ واحترزنا بالمعاوضة عن ملك حصل بهبة أو إرث أو رجع نافلة أو رد بعيب * فلاشفعة فى شيء من ذلك * وثبت (ح) الشفعة فيما جعل أجره فى إجارة * أو صداقاً فى نكاح * أو عوضاً فى كتابه أو خلع أو صلح عن دم عمد أو عن متعة نكاح * ولو بذل المكاتب شقصاً عوضاً عن نجومه ثم عجز ورق فى الشفعة خلاف اذ خرج عن كونه عوضاً * ولو أوصى لمستولده بشقص ان خدمت أولاده شهراً ففيه خلاف لتردده بين الوصية والمعاوضة ﴾ *

بأن النهى إنما ورد عن السنبيل قال ولم يأت في منع بيع الزرع مذ ينبت إلى أن يسنبيل نص أصلا وروى عن أبي إسحق الشيباني قال سألت عكرمة عن بيع القصيل فقال لا بأس فقلت انه سنبيل فكرهه قال وهذا نفس قولنا ومن ذكر حكم هذه الأحوال الثلاث مع المصنف في الزرع الماوردى والرافعي وغيرهما * ولو باع الفت أو القصيل بشرط أنه يرعى دوابه لا يصح ولا يجعل هذا كشرط القطع قاله الخوارزمي * (واعلم) أن الأصحاب اتفقوا فيما أعلم على اشتراط شرط القطع في هذا القسم وقال الغزالي في الوسيط (أما) البقل إن بيع مع الأصول فلا يشترط القطع وإن بيع دون الأصول ينزل على القطع قال ابن أبي الدم يريد به أنه لا بد من شرط القطع قال الامام لا بد من شرط القطع فيه وهكذا قال ابن يحيى في محيطه إنه لا بد من شرط القطع وذكره الشيخ في البسيط في الزرع الأخضر وهكذا ذكره الجماعة في الزرع الأخضر وكان يمكن أن يقال لا يشترط اشتراط القطع في هذا بل متى أطلق نزل العقد على شرط القطع خوفا من الاختلاط بخلاف الثمار ولفظ الشيخ في الوسيط يشعر به لكن المنقول ما ذكرته هذا كلام ابن أبي الدم * وقال ابن الرفعة إن الأشباه الفرق بين أن يكون ذلك لم ينبه إلى الحالة التي يحد فيها فلا يجوز بيعه إلا بشرط القطع أو أن ينتهى فيجوز كما ذكرنا عن الماوردى وعليه يحمل كلام الغزالي لأنه ذكره عند الكلام في بيع مابدا صلاحه فظاهر نصه في الام يدل على ذلك لقول الشافعي فيها لا يجوز أن يباع القرط. الاجذة واحدة عند بلوغ الجذاذ ويأخذ صاحبه في جذاذه عند ابتياعه وقال في هذه الحالة انه إذا تركه من غير شرط في العقد أيما وقطعه ممكن في أول منها كان المشتري منه بالخيار في أن يدع الفضل الذي له بلا ثمن أو ينقض البيع (قلت) وهذا حمل حسن وعليه يدل كلام القاضي حسين ومراد ابن الرفعة بكلام الماوردى ماسياتى عنه في بدو الصلاح وأنه جميل لذلك النوع حالة إصلاح ولكن في كلام الشافعي الذي اعتضد به ابن الرفعة ما يفهم أنه إذا شرط تركه لم يصح وهو ظاهر لانه يؤدي إلى اختلاط. فان ثبت ذلك وثبت أنه لا يشترط فيه شرط القطع يكون هذا نوعا مما بدا صلاحه لا يجوز فيه شرط التبقية ويجوز فيه شرط القطع والاطلاق لكن يكون هذا فيما يعتاد جذه حتى يكون ذلك صلاحا فيه (أما) الزرع الذي يعتاد ابقاؤه فمتى باعه بغير شرط القطع فسد سواء كان بقلا أو قصيلا أو سنبلا مالم يشتد وقال الشافعي

التيد الثالث في ضبط المأخوذ منه أن يكون ملكه حاصلا بمعاوضة فيخرج عنه ما إذا ملك بارث أو هبة أو وصية فانه لا يؤخذ بالشفعة (أما) الارث فلا أن الوارث لا اختيار له في حصول الملك بخلاف ما إذا ملك اختياراً فانه كان من حقه أن لا يدخل على الشريك ولا يضر بدفاذ لم يفعل سلط الشريك عليه (وأما) الهبة والوصية فلا أن المتهب والموصى له تقلدا لمائة من اواهب والموصى بقبول تبرعها ولو أخذ الشفيع لأخذ

أيضاً لا يجوز بيع القصيل الاعلى أن يقطع مكانه مما يستخلف أولاً يستخاف ولا يزيد وهذا الص يحمل على ما لم يبد صلاحه ولا ينافي ما قاله ابن الرفعة وهذا القسم هو الذى نتكلم فيه هنا (وأما) الاول الذى يكون وصل الى حالة صلاح فسيأتى الكلام فى بيع مابدا صلاحه والله أعلم * (القسم الثانى) أن لا يباع الزرع مع الارض فيجوز من غير شرط القطع كما مر فى الثمار مع الاشجار ومن نص عليه المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والحاملى ورافعى وبقية لاصحاب والمباحث المتقدمة هناك عائدة هنا ﴿ تنبيه ﴾ اطلاق المصنف جواز بيع الزرع والثره مع الأرض والشجر يشمل ما اذا كن الزرع لم يتسبل بعد أو تسبل ولم يشتد ولذلك صرح به الاصحاب وهو باطلاه يشمل ما اذا كان الحب الذى فى السبل غير المشتد مرثياً كالشعير أو غير مرثى كالخنطة وانما فصلوا بين المرثى وغيره فيما بعد بدو الصلاح على ماسيأتى ان شاء الله تعالى فان كانت التبعية تقتضى الساحة فى ذلك فيدبغى فى الموضوعين والا فافا الفرق وقد تقدم مثل ذلك فى الثمار أيضاً (القسم الثالث) اذا باع الزرع وحده من مالك الارض فبوكيع اثره من مالك الشجرة جزم المصنف فى التنبيه بالجواز وذكر ههنا الوجهين وقد تقدم ذكرهما وم أر من صرح بهذه المسألة فى الزرع غير المصنف والقاضى حسين والرويانى والجرجانى والمتولى ومقتضى نصه الذى نقلوه عن الرهن أيضاً يدل له وكثير من الاصحاب يقتصرون على حكم الثمار وكأهم مكثفون بذلك عن ذكر حكم الزرع قال القاضى حين وغيره فعلى قولنا لا يحتاج الى شرط. القطع لو شرط فيه القطع بطل العقد لأنه ينافى مقتضى العقد وفيه ضرر على المشتري *

﴿ فرع ﴾ قول المصنف هنا إذا باع الزرع ممن يملك الأرض وقال فى التنبيه من صاحب الاصل فظاهره أيضاً أنه المالك ولو باع الزرع من مستأجر الأرض وذلك يفرض فى صور (منها) إذا استأجر أرضاً وزرعها وباع الزرع بشرط القطع وتراضيا على إبقائه ثم اشتراه البائع مطلقاً هل يكون كالمالك أو لو كان المالك غير مستحق للمنفعة بان كانت مستأجرة مثلاً هل يستمر الحكم المذكور أو نقول ان المالك فى هذا الوقت لا يد له ولا منفعة فهو كالأجنبي (وأما) اثره فلا يمكن فيها ذلك لان الشجرة لا يجوز استئجارها كما صرح به بعض الاصحاب فى هذا الباب *

عن استحقاق ولو تسلط فلا يكون متقلاً للمانة ووضع الشفعة على أن يأخذ الشفعة بما أخذ به المملك ولو وهب بشرط الثواب أو مطلقاً قلنا إنه يقتضى الثواب فوجهان (أصحهما) أنه يؤخذ بالشفعة لأنه مملوك بعقد معاوضة (والثانى) لا يؤخذ لأنه ليس المقصود منه المعاوضة وعلى الأول فى أخذه قبل قبض الموهوب وجهان (أظهرهما) الأخذ لأنه صار بيعاً (والثانى) لا لأن الهبة لاتم إلا بالقبض وهذا هو

﴿ فرع ﴾ لو باع الزرع من مالك الأرض بالأرض فانه يصح ويشترط فيه ذكر القطع قاله القاضى حسين وصاحب التتمة والحوارزمي وهو ينبغى أن يكون تقييداً لما تقدم من الاطلاق وعلى قياسه إذا باع الشجرة بالشجرة *

﴿ فرع ﴾ قد تقدمت الاحاديث الواردة في المنع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح (ومنها) ماهو مطلق (ومنها) ماهو وارد في النخل قال ابن عبد البر ولا خلاف بين العلماء أن جميع الثمار داخل في معنى ثمر النخل وأنه إذا بدا صلاحه وطاب أوله حل بيعه *

﴿ فرع ﴾ لافرق في الثمار بين مايجذ كالبلح والبسر أو يقطف كالحصرم والعنب أو يجمع كالبطيخ والقنا والخيار والبادنجان وكذلك النفاخ والكهثرى والخوخ والجوز واللوز والرايح كلها تجرى فيها الأقسام المتقدمة والآتية في بيعها قبل بدو الصلاح وبعده ومنفردة وتابعة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ الفجل المغروس في الأرض والساجم والجزر والسلق إذا اشترى ورقه فان شرط القطع جاز أو التبقية أو أطلق لم يجز وان اشترى أصله المغروس في الأرض لم يجز سواء قلنا بيع الغائب باطل أو صحيح لانه لا يمكن رده إلى البائع على صفته قاله القاضى أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهما *

﴿ فرع ﴾ قال القاضى حسين إذا باع أصل الكراث مع الكراث صح العقد ويؤمر بالقطع ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ويكون بيع الغائب وبيع المجهول ولو باع القصب الفارسي وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث وقال في الجوز ونحوه إذا كان في الأرض ويكون بعضه ظاهر من الأرض فانه يجوز بيعه كالبصرة إذا رأى ظاهرها دون باطنها وسيأتي عن الامام أن البقول التي تريد لايجوز بيعها الا بشرط القطع مطلقاً ولبس لها حالة كل بدو الصلاح *

﴿ فرع ﴾ قال ابن الحداد في المولدات باع نصف ثمرة على رأس النخل قبل زهو الثمرة فالبيع باطل لانه لا يمكن أن يقسم وكذلك ان باعه نصف زرعه بقلا وكذلك قاله القاضى حسين في الزرع والرويانى في الزرع والثمرة جميعاً وقد ذكر هذا الفرع غير واحد من الاصحاب ونص عليه الشافعى في الصحيح أنه لايجوز على نصف الزرع وذكره ابنزنى آخر مسألة في كتاب الصلح قال الرافعى وغيره وعلاوه بأن البيع والحالة هذه يفتقر الى شرط القطع ولا يمكن قطع النصف مشاعاً الا بقطع

الخلاف في أن الاعتبار باللفظ أو بالمعنى ولو اشترى شقصاً ثم تقايلا فان كان الشفيع قد عفا فتجدد الشفعة ينبغى علي أن الافالة فسخ أم بيع (إن قلنا) بيع تجددت وأخذته من البائع (وإن قلنا) فسخ لم تتجدد كما لا تتجدد بالرد بالعيب لأن الفسوخ وان كانت تشتمل على تراد العوضين فلا تعطى أحكام المعاوضات ألا ترى أنه يتعين فيها العوض الأول وان جرت الأفالة قبل علم الشفيع بالشفعة

الكل فينضمر البائع بنقصان عين المبيع فاشبه ما اذا باع نصفاً معيناً من سيف أو اسطوانة وعليها سقف دار بحيث لا يمكن تسليمها الا بهدم الدار فانه لا يصح العقد فيه وقال الرافعي وما ذكره من أن قطع النصف لا يمكن الا بقطع الكل انما يستمر بتقدير دوام الاشاعة وامتناع القسمة (أما) اذا جاوزنا قسمة الثمار في حال الرطوبة بناء على أنها افراز فيمكن قطع النصف من غير قطع الكل بأن يقسم أولاً فليكن منع القول مبني على القول بامتناع القسمة لاطلاقاً وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد قال القاضي أبو الطيب وهو الصحيح (قلت) قد قدمت في باب الربا في جواز قسمة الثمار على الأشجار أنه في غير الرطب والعنب لا يجوز قطعاً وفي العنب والرطب ثلاث طرق (أصحها) وهي التي رجحها صاحب التمهيد والحاملي أنه لا يجوز وان قلنا إنها إفراز (والثاني) تحريمها على القولين (والثالث) يجوز وان قلنا أنها بيع ومحل الطرق الثلاث على مانبه عليه الحاملي ما بعد بدو الصلاح (أما) قبل بدو الصلاح فلا يجوز جزماً وان كان كلام كثير من الأصحاب مطلقاً وفتيا ابن الحداد هنا ومن واقفه صحيحة في غير العنب والرطب جزماً وفي الرطب والعنب إما جزماً على ما قاله الحاملي وإما على الأصح إذا جعلنا الخلاف مطلقاً وما صححه القاضي أبو الطيب من تحريمها على الخلاف في القسمة وان كان مخالفاً لما قاله الحاملي فليس فيه تصحيح للجواز لانه لم يذكر هنا أما الاصح عنده في القسمة وقد صحح الرافعي في باب الربا أن قسمة ذلك تبع فيكون الأصح عنده على مقتضى ذلك أنه لا يجوز قسمتها وان كان في باب القسمة حكى اختلاف التصحيح في قسمة المتشابهات وهذا كله بناء على ما أفهمه نقل الرافعي عن أبي الطيب من آخر الخلاف في ذلك والذي ادعاه ابن أبي الدم أنه لا خلاف في البطلان وأن ابن الحداد علله بامتناع القسمة وغلطه الاصحاب في التعليل وأن أبا الطيب قال الصحيح ما علل به ابن الحداد وقد نص الشافعي على هذه العلة فالتصحيح حينئذ في التعليل ولا خلاف في الحكم وقد قال الشافعي رضي الله عنه في باب بيع الآجال من الام أنه اذا كان بين القوم حائط فيه التمر لم يبد صلاحه فارادوا اقتسامه فلا يجوز قسمه بالثمرة بحال وكذلك لو بدا صلاحها لم يجز من قبل أن للنخل والارض حصّة من الثمن وللثمرة حصّة من الثمن فتقع الثمرة بالثمرة مجهولة لا يجرّص ولا تبع ولا تجوز قسمته إلا أن يقتسما الاصل وتكون الثمرة بينهما مشاعاً ان كانت لم تبلغ أو كانت قد بلغت

فان جعلنا الأقالمة بيعاً فالشفيع بالخيار بين أن يأخذها وبين أن ينقضها حتى يعود الشقص الى المشتري فيأخذ منه وان جعلناها فسخاً فهو كطلب الشفعة بعد الرد بالعيب وقد سبق ويدخل في الضبط ما اذا جعل الشقص اجرة في اجارة أو جعلاً في جعل أو رأس مال في سلم أو أصدق امرأته شقصاً أو متعاهبه أو خالعها على شقة أو صالح عليه على مال أو دم أو جراحة أو جعله المسكاتب

غير أنها إذا بلغت لأبأس أن يقتسمها بالحرص قسماً منفرداً وإن أراد أن يقتسم الثمرة مع النخل اقتسمها ببيع من البيوع فيقوم كل سهم بأرضه وشجره وثمره ثم أخذ بهذا البيع لأبقرة وإذا اختلف فكان نخلاً وكرماً فلا بأس أن يقسم أحدهما بالآخر وفيها ثمرة لأنه ليس في تفضل الثمرة بالثمرة تخالفها ربا في يد بيد انتهى فهذا نص في امتناع القسمة قبل بدو الصلاح وأوله يقتضي امتناع القسمة بعد بدو الصلاح أيضاً لكن قوله غير أنها إذا بلغت فلا بأس أن يقتسمها بالحرص قسماً منفرداً يقتضي جواز قسمها بعد بدو الصلاح فليتأمل * (واعلم) أن ابن الحداد علل المنع في ذلك بامتناع القسمة كما رأيت وغلطه بعض الأصحاب في التعليل وقال ليس العلة أنه لا يصح قسمتها فإن البيع لا يصح وإن قلنا قسمتها صحيحة وأن القسمة إفراز وإنما لم يصح ذلك لأن اشتراط القطع لا يصح فيها لأن نصفها مشاع لا يمكن قطعه قال القاضي أبو الطيب هذا الذي قاله هذا القائل ليس بصحيح والتعليل هو الذي ذكره ابن الحداد ونص الشافعي كذلك قال في الصالح لو كان الزرع بين الرجلين وصالحه أحدهما على نصف الزرع لم يجز من قبل أن الزرع لا يجوز أن يقسم أخضر ولا يجبر شريكه على أن يقطع منه شيئاً ومقتضى هذا الكلام من أبي الطيب أن علة ابن الحداد هي الصحيحة وأن القول بذلك مبني على امتناع القسمة وأن القائل الآخر خالفه في التعليل وعمم الحكم ثم قال القاضي أبو الطيب بعد ذلك أنه إذا قلنا تصح قسمة الثمار صح بيعه لأن شرط القطع يصح فيه فيبيع نصف الثمرة أو نصف الزرع بشرط القطع لم يطالبه بالقسمة في الحال فيقاسمه ثم يقطعه (وأما) إذا قلنا لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع الجميع لم يصح لأن البائع لا يجبر على قطع ما لم يبيع والشرط فيه لا يصح ولا يمكن قطع المبيع منفرداً لأنه مشاع وهذا الذي قاله القاضي بعد أن قرر أن العلة الصحيحة امتناع القسمة وأن المسألة مبنية عليها وهو صحيح لكن قد ثبت أن الثمار لا تصح قسمتها وكفى بهذا النص الذي في الصلاح دليلاً على امتناع قسمتها والله أعلم * ولم أر أحداً صرح بجواز بيعها غير القاضي في هذا الكلام الذي قاله ويشبه أن يكون تفرعاً من عنده على مقتضى البناء على القسمة وما أفهمه نص الشافعي ولقائل أن يقول ليس التمسك بمفهوم ذلك على إثبات خلاف في هذه المسألة بأولى من التمسك به على امتناع القسمة والجزم بامتناع البيع ههنا وكيف ما قدر فالمنع في هذه المسألة أما

عوضاً عن النجوم فتثبت الشفعة في ذلك كله خلافاً لأبي حنيفة حيث قال لا تثبت الشفعة إلا في الشراء وهو رواية عن أحمد لنا قياس ما عده عليه بجامع أنه مملوك بعقد معاوضة ولو أقرضه شقصا قال في التهمة القرض صحيح وللشفيع أخذه إذا ملكه المستقرض وإنما تثبت الشفعة في الجمالة بعد العمل فإن الملاك حينئذ يحصل للعامل ثم في الفصل فرعان (أحدهما) لو بذل المسكاتب شقصا عوضاً

أن يكون هو الصحيح أو يكون مجزوما به وإذا نظرت الى كلام الرافعي بمجرد ما قاله فيما اذا جوزنا قسمة الثمار الرطبة بناء على أنها افراز وما حكاه عن أبي الطيب أن تخريجها على ذلك هو الصحيح وفي ذهنك أن قسمة المائثات افراز توهمت من مجموع ذلك أن الصحيح الجواز في هذه المسألة وليس كذلك بل الزرع لا يجوز جزما لانه لا تجوز قسمته خرساً جزماً والثمار غير الرطب والعنب كذلك والرطب والعنب يجري فيهما الخرص وفي قسمتهما خرساً خلاف الميقول عن نصه في الصرف الجواز وذكر الرافعي أنه الاصح تفريغاً على أن القسمة افراز لكنه ذكر في ذلك الموضع أن الاظهر أنها بيع فيكون الاظهر امتناع البيع في ذلك والعجب من القاضي أبي الطيب كيف صرح هنا ببيع الزرع على قسمته مع أنه جزم في باب الربا أنه لا تجوز قسمة غير الرطب والعنب خرساً وإنما يتأتى ذلك عند من يرى أنه تجوز قسمته خرساً ولا أعلم أحداً صرح بذلك إلا أن لنا وجهاً ضعيفاً أن الخرص يجري في غير الرطب والعنب فيجىء على مقتضاه خلاف في قسمة ذلك خرساً قال ابن الرفعة (فان قلت) الاصحاب قالوا في كتاب المساقاة إن بيع بعض الثمار مشاعاً بعد بدو الصلاح يصح وان لم تجز القسمة (قلت) صحيح لأن التبقية تجب على البائع وهي تستلزم تبقية الباقي اذا لم تجز القسمة بالخرص وليس فيها تغيير عين للبيع والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح وكانت الثمار تابعة قاله الرافعي وغيره وكذا إذا باع نصف الثمرة مع جميع الشجرة قاله الخوارزمي فلو شرط القطع في ذلك احتمل أن يكون اشتراطه في بيع كل الثمرة مع كل الأصل واحتمل أن يكون أولى بالفساد لأجل امتناع القسمة ولو كانت الشجرة أو الأرض لواحد والثمرة أو الزرع لآخر فباع نصف الثمرة من مالك النخل أو نصف الزرع من مالك الأرض فوجهان مبنيان على الوجهين في اشتراط القطع لو باع الثمرة كلها من صاحب الأصل قاله القاضي حسين في الزرع والرافعي في الثمرة وقد تقدم الخلاف في الاصح من الوجهين وان الاصح الاشتراط فيجىء عليه أن الاصح هنا عدم الصحة ولو كانت الثمار والاشجار أو الزروع والأرض مشتركة بين رجلين فاشتري أحدهما نصيب صاحبه من الزرع أو الثمرة لم يصح وقال الخوارزمي ان اشتري نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الزرع لم يجز لا مطلقاً ولا بشرط القطع على الاصح فاشعر بخلاف ولعله الذي تقدم الكلام فيه في بيع نصف

عن بعض النجوم ثم عجز ورق في بطلان الشفعة وجهان ينظر في أحدهما الى أنه كان عوضاً ولا وفي الثاني خروجه أجزاعاً العوضية وهذا أظهر والخلاف شبيه بما ذكرنا فيما اذا كان الثمن عيناً وتلف قبل القبض (الثاني) لو قال لمستولداً ان خدمت اولادى شهراً ذلك هذا الشدة قص فندمهم استحققت الشقص وفي ثبوت الشفعة فيه وجهان (أحدهما) تنبأت لأنها ملكته بالخدمة فكان كماله ملكاً بالاجارة

الثمرة والزرع مشاعا على قولنا القسمة افراز ولو اشترى نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة أو نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الارض فان باعه مطلقاً لم يجوز وان كان بشرط القطع صح لان جملة الثمار أو الزرع تصير للمشتري وجملة الشجر أو الارض تصير للآخر وعلى مشتري الثمرة أو الزرع قطع الكل لانه انزم بهذه المعاملة قطع النصف المشتري بالشرط والتزم تفريغ الاشجار والارض لصاحبه وبيع الشجرة أو الارض على أن يفرغها للمشتري جائز قاله القاضى حسين فى الزرع والرافعى فى الثمار وكذلك القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع * ولو كانت الاشجار أو الارض لواحد والثمره أو الزرع لاثنتين فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة أو اشترى صاحب الارض نصيب صاحبه من الزرع بنصف الارض بشرط القطع صح قاله الرافعى وان كان بغير شرط القطع ففيه وجهان مبنيان على اشتراط القطع إذا باع الكل من صاحب الاصل قاله القاضى حسين فأما إذا باع نصف الثمرة أو نصف الزرع من غير مالك الارض فيشترط شرط القطع قولاً واحداً وقال الخوارزمي فى السكافى لو كن الزرع لهما والارض لاحدهما فباع أحدهما نصيبه من الزرع البقل من صاحبه لا يجوز لامطلقاً ولا بشرط القطع كما لو باع من غيره ولو كانت الارض لاثنتين والزرع لواحد عكس ما تقدم فان باع الزرع من أجنبي فالحكم واضح وان باعه من مالك الارض فيخرج على الوجهين وان باع الكل من أحدهما لم يصح وان باع النصف من أحدهما يخرج على الوجهين إن قلنا لا يحتاج إلى شرط القطع جاز والا فلا قاله القاضى حسين ولو كان الزرع لواحد والارض لآخر فباع الزرع بالارض فقد تقدم ولو باع صاحب الزرع زرعه من صاحب الارض بنصف ارضه قال فى التتمة فان قلنا أنه إذا باع الزرع من مالك الارض بشرط القطع فالعقد صحيح ويشترط القطع فى الكل لان كل الزرع مبيع (وان قلنا) لا يعتبر فيه شرط القطع فالعقد باطل لان شرط القطع فى النصف مبطل للعقد لان الارض ملكه ولا يمكن افراز النصف بشرط القطع فيه لان النصف لا يعرف إلا بالقسمة ولو اشترى جميع الارض بنصف الزرع فيها فالعقد باطل قاله فى التتمة واطلاق صدر المسألة فى أنه لا يجوز بيع نصف الزرع مشاعاً يشمله ولو باع جميع الزرع مع نصف الارض قال فى التتمة لا يجوز لان النصف الذى هو مبيع مع الارض لا يجوز شرط القطع فيه والنصف الذى هو مبيع دون

وسائر المعاوضات (وأظهرها) المنع لأنها معتبرة من الثالث كسائر الوصايا وذكر الخدمة شرط داخل على الوصية (وقوله) فى الكتاب على ملك حصل مهبة اعلم لفظ الهبة - بالميم - لأنه روى فى الوسيط عن مالك انه يأخذ الموهوب بالقيمة وهذه إحدى الروايتين عنه فيما ذكره فى الشامل وقوله أو رجع باقالة معلم - بالواو - ولما ذكرنا ويجوز أن يعلم - بالحاء - لان صاحب الشامل حكى عن أبي حنيفة ثبوت الشفعة فيه وكذا

الارض لابد من شرط القطع وشرط النصف لا يمكن والله أعلم * ولو استثنى نصف الثمرة غير المؤبرة فقد تقدم في موضعه *

﴿ فرع ﴾ رأيت في المطارحات لابن القطان أنه ان باع نصف الزرع مشاعا مع جميع الارض جاز فان باعه مع بعض الارض أو دون الارض لم يجز ولم يتضح لي ذلك ولعله غلط في النسخة *
﴿ فرع ﴾ في رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح خلاف سياتي ان شاء الله تعالى في موضعه أن يسر الله ذلك *

﴿ فرع ﴾ قال أحمد بن بشر عن نسه ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزافا قال أحمد يشبه أن يكون بعد بدو صلاحها *

﴿ فرع ﴾ البطيخ له أحوال (الحالة الأولى) أن يبيعه مع الأرض فيستغني عن شرط القطع وتكون الارض كالشجرة (والحالة الثانية) ان يفرد أصول البطيخ بالبيع قال العراقيون والامام وغيرهم يجوز ولا حاجة الى شرط القطع اذ لم يخف الاختلاط ثم الحمل الموجود يبقى للبائع وما يحدث يكون للمشتري قال ابن الرفعة ولم يخرجوه على ما إذا طلعت النخلة بعد البيع وكان بعض ثمرتها مؤبرة حين البيع لاجل أن ذلك يعد حملا واحدا وهذه بطون وان خيف اختلاط الحملين فلا بد من شرط القطع فان شرط فلم يتفق حتي وقع الاختلاط فطريقان سند كرها في نظيره ان شاء الله تعالى ولو باع الاصول قبل خروج الحمل فلا بد من شرط القطع أو القلع كالزراع الاخضر فاذا شرطه ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل فهو للمشتري قال ابن الرفعة وفي صحة البيع نظر لان مثله لا ينتفع به الارتفاع المقصود (الحالة الثالثة) ان يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الارض فالذي قاله القاضي ابو الطيب وغيره من العراقيين الصحة وقال الامام والغزالي والمتولي لابد من شرط القطع لأن البطيخ مع أصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجر مع الثمرة وذكر ابن الرفعة ان هذا من تفقه الامام وأن المنقول خلافه واعتمد في ذلك على فهمه لكلام جماعة من العراقيين والرافعي أبدى ذلك تخريجا فقال قضية ما نقلناه في بيع الاصول وحدها اذا لم يخف الاختلاط انه لا حاجة لشرط القطع فليعلم قول المصنف - بالواو - وكذلك وهذا الذي قاله الرافعي متعين اما أن يقال بالجواز في المسألتين أو بالمنع فيهما والاول أقرب الى كلام العراقيين (والثاني) مقتضى

في الرد بل عيب اذا جرى بالتراضي (وقوله) تثبت الشفعة فيما جعل اجرة معلم - بالحاء - ويجوز أن يعلم - بالواو - لأن في أمالي أبي الفرج السرخسي أن صاحب التخليص قال إذا كان ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الزمة بالسلم ولا بالقرض فلا شفعة فيه لانه تعذر أخذه بما ملك به للمتملك وهو غريب (وقوله) أو صالح عن دم عمد ربما يبحث فيه عن سبب التقييد بالعمدية واعلم أن الجناية على النفس فما دونها تنقسم الى

بدو الصلاح فانه يجوز مطلقا وقسمه الاصحاب أيضا باعتبار شرط القطع والتبعية والاطلاق الى ثلاثة أحوال لاحكام تترتب على ذلك (الحالة الاولى) ان يبيعها بشرط القطع فهذا جائز اجماعا ومن ادعى الاجماع فيه الماوردي ومستنده اما مفهوم حديث ابن عمر وشبهه من الاحاديث المتقدمة المتضمنه النهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها فان مفهوم الغاية يقتضى جواز بيعها عند بدو الصلاح عند القائلين بالمفهوم واما زوال الحالة المقتضية للتحريم فيرجع الى أصل حل البيع عند من لا يقول بالمفهوم وهذا لا بد من الاعتضاد به فان فى التمسك بالمفهوم فى الاحوال الثلاثة بحثا من جهة ان المفهوم له عموم أولا قال شارح البرهان فى أصول الفقه ان استند المفهوم الى طاب فوائد التخصيص لم يعم وان استند الى ان ذلك من جهة اللفظ عم وعزى الاول الى الشافعى لسكنا قدمنا عن الشافعى ما يقتضى خلاف ذلك فان صح ما قدمناه عن الشافعى اتجه استدلال المصنف على مذهبه فى الخبر فى الحائنين ولا احتياج الى الاعتضاد بالاصل المذكور والقياس الذى ذكره المصنف رحمه الله تعالى على ما قبل بدو الصلاح وقد تقدم الكلام فى البيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح والله أعلم * وفى هذه الحالة هل اذا شرط القطع يجب قد تقدم فيما قبل بدو الصلاح أنه يجب ولتراضيا على الترك جاز وكذلك يأتى ههنا بطريق أولى قال الامام ولا شك ان هذا يعنى جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصلاح مطرد فى ابتياع الشجرة على شرط القطع من الغرس وابتياع البناء كذلك (الحالة الثانية) ان يبيعها مطلقا ويجوز أيضا بلا خلاف للخبر وقد تقدم ما فى ذلك والقياس الذى ذكره المصنف قال الشافعى رضى الله عنه

يترك النظر والاستقصاء للصبي ويتسامح فى البيع لياخذ بالشفعة بالثمن البخس وهذا كما أنه لا يمكن من بيع ماله من نفسه (والثانى) عن رواية صاحب التقریب وبه قال أبو الحسين بن القطان أن له الأخذ لأنه حق ثبت له على المشتري بعد تمام العقد واقطاع ملك الطفل * ولو اشترى شقصا للطفل وهو شريك فى العقار (فالشهور) أنه يأخذ لأنه لا تهمة ههنا إذ لا يزيد فى الثمن لياخذ به وتقل فى الشامل وجها آخر لأن فى الشراء أو الأخذ تعليق عهدة بالصبي من غير منفعة له وللأب والجد الأخذ بالشفعة اذا كانا شريكين سواء باعا أو اشتريا لقوة ولايتهما وشفتيهما ولهذا كان لما بيع من الطفل من أنفسهما * ولو كان فى حجر الوصى يتيمان بينهما دار فباع نصيب أحدهما من رجل فله أخذه بالشفعة للثانى لأن الأول قد يحتاج الى البيع والثانى الى الأخذ * ولو وكل أحد شريكي الدار صاحبه ببيع نصيبه فباعه فى الشفعة وجهان أيضا لكن الشيخ أبى على قال ان الاكثرين ههنا على أنه يأخذ لان الموكل ناظر لنفسه يعترض ويستدرك ان عثر على تقصير من الوكيل والصبي عاجز عن ذلك فيصان حقه عن الضياع * ولو وكل انسان أحد الشريكين بشراء شقص من الآخر فله الأخذ بلا خلاف *

والأصحاب وفي هذه الحالة للمشتري تركها الى أوان الجذاذ وقال أبو حنيفة رضى الله عنه يجب على المشتري قطعها في الحال بناء على أصله في أن اطلاق العقد يقتضى القطع واطلاقه عندنا يقتضى التبقية بالعرف وقوله عليه السلام في بيع الثمرة قبل بدو الصلاح «أرأيت اذا منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مل أخيه» قال القاضي أبو الطيب هذا التعليل يدل على أن بيع الثمرة مطلقا يوجب تبقيتها الى أوان البلوغ لأنه لووجب قطعها في الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف وقال الحنفية ان هذا كمن قال بعنك هذا بالف ولم يتعرض لدراهم ولا لدينار وكانت قيمته في العرف الف درهم فالعرف يقتضى أن العاقد لا يشتريه بالف دينار ومع ذلك العقد باطل واجاب أصحابنا بان في العرف من أطلق الالف اتكالا على العرف ينسب الى الجهل ومن اشترى ثمرة ولم يتعرض للبقاء وطمع في الابقاء لا ينسب الى الجهل ولا يعد مقصرا بتركه (الحالة الثالثة) ان يبيعها بشرط التبقية فيصح عندنا وبه قال محمد بن الحسن ومالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يصح تمسكا بان ذلك يناقض مقتضى هذا العقد الخاص التبقية وعن الثاني بما اذا اشترى داراً والبايع فيها متاع فانه ينقله على حسب العادة وتمسك المصنف وأصحابنا في ذلك بالخبر ومفهوم الغاية فيه وقد تقدم ما في ذلك لاسيا وأبو حنيفة ينكر مفهوم الغاية وان اعترف به بعض المنكرين للمفهوم والتمسك بالقياس مبني على اقتضاء العرف لذلك والله عز وجل أعلم *

﴿ فرع ﴾ أطلق المصنف أنه اذا بدا صلاحها جاز بيعها ومراده بذلك ان المانع الذي كان

وقال أبو حنيفة في الوكيل والوصي معاً تثبت الشفعة في الشراء ولا تثبت في البيع * ولو وكل الشريك الشريك ببيع نصف نصيبه أو أذن له في بيع نصيبه أو بعض نصيبه مع نصيب الموكل ان شاء فباع نصف نصيب الموكل مع نصف نصيبه صفقة واحدة فلموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة وهل للوكيل أخذ نصيب الموكل فيه وجهان (المسألة الثانية) إذا كان للمشتري في الدار شركة قديمة بأن كان بين ثلاثة أثلاثا فباع أحدهم نصيبه من أحد الآخرين فأصح الوجهين وهو المذكور في الكتاب وبه قال أبو حنيفة والمزني ان المشتري والشريك الآخر يشتركان في المبيع لاستوائهما في الشركة كما لو كان المشتري غيره * وعن ابن سريج أن الشريك الثالث ينفرد بالشفعة ولا حق فيه للمشتري لان الشفعة تستحق على المشتري ولا يجوز أن يستحقها المشتري على نفسه فعلي هذا الثالث بالخيار بين أن يترك جميع المبيع أو يأخذ الجميع وعلى الاصح هو بالخيار بين أن يأخذ نصف المبيع أو يترك فان قال خذ الكل أو اترك الكل وقد تركت أنا حق لم تلزمه الاجابة ولم يصح اسقاط المشتري الشفعة لان ملكه مستقر على النصف بالشراء فاشبه ما اذا كان للشخص شفعيان حاضر وغائب فاخذ الجميع الحاضر ثم عاد الغائب له أن يأخذ نصفه وليس للحاضر

قبل بدو الصلاح يرتفع فيجوز البيع بشروطه المذكورة في مواضعها فالشعير يجوز بيعه لانه مشاهد في سنبله وكذلك كل ثمرة بارزة كالتفاح والشمش والخواخ والكثيرى أوزرع بارزجه في غير كالم كالشعير والذرة وكذلك ما كان مستورا بقشرة واحدة ومصليحته في بقاءه فيها كالرمان والباذنجان والارزعلي خلاف فيه وأما ما عليه قشرة يتحفظ بغيرها كالقطن والسمسم والعدس أو قشرتان ما كالفستق والبندق والجوز وأما كالباقلاء واللوز الرطب فلا يجوز وقد ذكر المصنف بيع الباقلاء وبيع الحنطة في سنبلها في باب مانهى عنه من بيع الفرر فلا حاجة الى اعادة شرحه والله أعلم * وماشرت اليه من المعنى بقولي ان المنع الاول ارتفع ببدا الصلاح جواب على تمسك الخصم بالمفهوم وان قلنا ان له عموما فانه يقتضى ارتفاع ذلك النهى اما ارتفاع النهى بسبب آخر فلا كقوله «ألا توطأ حامل حتى تضع» فهى اذا وضعت يرتفع النهى الذى لاجل النسب ويبقى النهى لأجل الاذى حتى تغتسل *

﴿ فرع ﴾ قال القاضى حسين بيع الزرع وحده ان كان بذراً لم يصح علي الصحيح وقصيلا جاز بشرط القطع أو بعد الاشتداد بارزا كان كالثعير والجاروش والدخن أو متنبلا في كالم فقولاً بيع العائب فان باع الأرض مع الزرع فان كان أخضر صح فيها أو مشتد الحببات بارزاً فكذلك أو مستتراً فان أبطلنا البيع فيه عند الانفراد بطل ههنا فيه وفي الأرض قولاً تفريق الصفقة وان صحنا فيه مفرداً ولاكن ثبت خيار الرؤية فههنا قولاً الجمع بين مختلفي الحكم *

﴿ فرع ﴾ قصب السكر صلاحه في بقاءه في قشره كالجوز في قشره الاسفل وقد صرح

أن يقول له اترك الكل أو خذ الكل وأنا تركت حتى ولا نظر الى تبعض الصفقة عليه فانه يلزمه دخوله في هذا العقد * وعن رواية الشيخ أبى على وجه أنه اذا ترك المشتري حقه وجب على الآخر أخذ الكل أو ترك الكل كما إذا باع من أجنبي وله شفيعان فترك أحدهما حقه يأخذ الآخر الكل أو يترك إلا أن هذا الترك سابق على اختيار التملك ههنا وفيما نحن فيه اختيار التملك بالشراء فلم يؤثر الاعراض بعده * ولو كان بين اثنين دار قباع أحدهما نصف نصيبه من ثالث ثم باع النصف الثانى من ذلك الثالث فعلى الاصح حكمه حكم مالو باع النصف الثانى من أجنبي وهو المذكور في الباب الثانى وعلي ما ذكره ابن سريج لاشفعة للمشتري فلا شفيع الخيار بين أن يأخذ الكل أو يأخذ أحد النصفين دون الآخر * وإذا عرفت ما ذكرناه أعلمت قوله في الكتاب أخذ بالشفعة لنفسه بالواو وكذا (قوله) لم يأخذ فانه متهم وكذا (قوله) فيترك عليه ما يخصه *

قال ﴿ ولو باع المريض شقصا يساوى الفين بالف من أجنبي والوارث شريك فلا يأخذ بالشفعة لأنه يصل اليه الحباة * وقيل يأخذ لأن الحباة معه ليست من المريض * وقيل لا يصح البيع للنناقض الاثبات والنفي جميعاً * وقيل يأخذ الوارث بقدر قيمة الألف والباقي يبقى للمشتري مجانا ﴾ *

الماوردي بجواز بيعه إذا بدت فيه الحلاوة قال ابن الرفعة ولولا جواز بيعه في قشره لما جاز بيعه عند بدو صلاحه ويبقى إلى أوان قطعه *

﴿ فرع ﴾ الكتان إذا بدا صلاحه قال ابن الرفعة يظهر جواز بيعه لأن ما ينزل منه ظاهر مرئي والشاش في باطنه كالنوى في الترويحوه لكن هذا لا يتميز في رأى العين بخلاف الترويحوه والنوى والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ البقل إذا بيع مع الاصول قال الغزالي لا يشترط القطع فإنه لا يتعرض لعاهة وقال صاحب التهذيب لا يجوز بيع التوت والبقول في الارض دون الارض إلا بشرط القلع أو القطع سواء كان مما يجذ مراراً أو لا يجذ إلا مرة واحدة غير أنه إذا باع ما يجذ مراراً بشرط القطع لا يجوز قلعه لأنه لم يملك الاصل وما لم يجذ إلا مرة واحدة يجوز وقال القاضي حسين إذا باع أصل الكراث مع الكراث صح ويؤمر بالقلع ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ويكون بيع الغائب ولو باع الأرض التي فيها الكراث أو الرطبة فأصولها تدخل في العقد كأصول الاشجار وما ظهر لا يدخل ويؤمر بالبائع بجذ في الحال وكذلك الفعاب الفارسي وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث والفرق على رأى الغزالي بين البقل حيث قال انه لا يجوز بيعه بأصوله إلا بدون شرط القطع وبين البطيخ حيث قال انه لا يجوز بيعه مع أصوله إلا بشرط القطع أن ما ظهر من أصول البطيخ هو الذي تتكرر ثمرته دون ما بطن من عروقه ولهذا إذا قطع الظاهر لم يخلف وإذا كان كذلك فالأفة متعوضة لما

إذا باع في مرض موته شقصاً وحافى فلا يخلو إما أن يكون المشتري والشفيع أجنبيين أو وارثين أو المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً أو بالعكس والمذكور في الكتاب هو القسم الرابع ونحن نذكر أربعمائة (الأول) أن يكونا أجنبيين فإن احتمل الثلث الحجابات صح البيع وأخذ الشقص بالشفعة ولا إشكال وإن لم يحتمله كما إذا باع شقصاً يساوي الفين بألف ولا مال له غيره نظر إن رده الورثة بطل البيع في بعض الحجابة وفي صحته في الثاني طريقان (أحدهما) التخرج على الخلاف في تفريق الصفقة (والثاني) القطع بالصحة (وإذا قلنا) بالصحة ففيما يصح فيه البيع قولان (أحدهما) أنه يصح في قدر الثلث والقدر الذي يوازي الثلث بجميع الثلث (والثاني) أنه لا يسقط شيء من المبيع إلا ويسقط ما يقابله من الثلث وقد وجهنا كل واحد من الطريقتين والقولين وتكلمنا فيما هو أظهر في تفريق الصفقة (فإن قلنا) بالقول الأول صح البيع في الصورة المفروضة في خمسة أسداس الشقص بجميع الثلث (وإن قلنا) بالثاني دارت المسألة وحسابها أن يقال صح البيع في شيء من الشقص بنصف شيء يبقى مع الورثة فإن الإنصاف شيء وذلك يعدل مثلي الحجابة وهو نصف شيء فتلاها شيء فيجبر ويقابل فيكون

ظهر من أصوله كتعريضها لنفس البطيخ ولهذا يؤثر فيها الحر والصقيع ونحوهما كما يؤثر في البطيخ فلذلك استويا في الحكم ولا كذلك ما يخلف من أصول البقول ونحوه فانه الذي في الارض ولا يخشى عليه تلك الآفات التي تخشى على أصول البطيخ والله أعلم * وان بيع البقل دون الاصول قال الغزالي يدل على القطع يعني لان العرف يقتضيه ولا يحتاج إلى شرط القطع بخلاف الزرع الاخضر فان العرف فيه الابقاء لو لم يشترط القطع ومن الناس من رأى التسوية في ذلك واعترض على الغزالي في كلامه بأن شرط القطع في ذلك ليس بواجب قال ابن الرفعة والاشبه أنه إن لم ينته إلى الحالة التي يجذب فيها فلا يجوز بيعه إلا بشرط القطع وان انتهى جاز وعليه يحمل كلام الغزالي وظاهر نصه في الام يدل على ذلك *

(فرع) فان باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الاصول والزرع بعد أن اشتد حبه مع الأرض نظرت فان كانت الثمرة ظاهرة او كان الزرع كالشعير والذرة ونحوها والقطن اذا ظهر جميعه جاز لأنه مبيع مشاهد وان كانت الثمرة غير ظاهرة كالجوز واللوز والرايح في قشره وكان الحب غير ظاهر كالخنطة والبقول والخص وما أشبهه (فان قلنا) يجوز بيعها فردا جاز مع الشجر والأرض (وان قلنا) لا يجوز لم يصح البيع فيها لأنه مبيع مجهول مقصود في نفسه وهل يصح البيع في الشجرة والأرض يبيى على القولين في تفريق الصفقة (فان قلنا) لا تفرق أو تفرق ولكن يجوز بالقسط بطل في الجميع (وان قلنا) يجوز بكل الثمن صح البيع في الشجر والأرض والمشتري الخيار بين أن يمسك الاصل بجميع الثمن وبين أن يردده ويأخذ مادفع وقد تقدم هذا التفصيل كله في بيع الزرع من كلام الماوردي *

الفان معادلين لشيء ونصف والشيء من شيء ونصف ثلثاه فعلمنا أن البيع صحيح في ثلثي الشقص قيمته الف وثلثا ثمانية وثلث وثلثون وثلث مثلثي الثمن وهو نصف هذا المبلغ فتكون المحاباة ستمائة وستة وستون وثلثي يبقى للورثة ثلث الشقص وثلثا الثمن وهما الف وثلثا ثمانية وثلثة وثلثون وثلث وذلك ضعف المحاباة وعلى القولين جميعاً للمشتري الخيار لأن جميع المبيع لم يسلم له فان أجاز أخذ الشفع خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن على القول الأول وثلثيه بثلثي الثمن على الثاني ولو أراد أن يفسخ وجاء الشفع من الجباب منهما فيه الخلاف المذكور في الرد بالعيب وكذلك لو فسخ قبل طلب الشفع تبطل الشفعة أم للشفع رد الفسخ فيه ماسبق من الخلاف وان أجاز الورثة صح البيع في الكل ثم إن قلنا إن إجازتهم كما فعله المورث أخذ الشفع الكل بكل الثمن (وان قلنا) انها ابتداء عطية منهم لم يأخذ الشفع القدر النافذ باجازتهم وأخذ القدر المستعني عن اجازتهم وفيه القولان المذكوران عند الرد (القسم الثاني والثالث) أن يكونا وارثين أو المشتري وارثاً فيكون هذا انبيع محاباة مع الوارث

(فرع) في مذاهب العلماء واقفنا مالك وأحمد على جواز البيع بشرط التبقية بعد بدو الصلاح وقال أبو حنيفة لا يجوز واحتج له بأنه بيع وإجارة مجهولة فاشبهه اشتراط ترك القماس في الدار (قلنا) الشجرة لا تؤجر ولا أجرة لها بخلاف الدار * قال المصنف رحمه الله تعالى *

(وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها فإن كان رطباً بان يحمر أو يصفر وإن كان عنباً أسود بان يتموه وإن كان أبيض بأن يرق ويحلو وإن كان زرعاً بان يشتد وإن كان بطيخاً بأن يبدو فيه النضج وإن كان قثاءً بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل والدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الحب حتى يشتد وعن بيع العنب حتى يسود وعن الثمرة حتى تزهي» (وروى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم) *

(الشرح) أما حديث أنس فروى البخاري منه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي وفي رواية ثمر النخل وروى الترمذي منه النهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد وقال حسن غريب لا يعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة وروى البيهقي الجميع كما ذكر المصنف لكن قدم ذكر الثمرة على الحب والعنب (وأما) حديث جابر فرواه البخاري ومسلم رحمهما الله ولفظهما عن بيع الثمرة حتى تطيب وعندهما في رواية أخرى واللفظ للبخاري رضي الله عنه «أن تباع الثمرة حتى تشقق فليل وما تشقق قال تحمار وتصفار ويؤكل منها» وعند مسلم في رواية «وعن بيع الثمرة حتى تطعم» كما ذكرها المصنف فإذا أردت عز وحديث جابر الذي في الكتاب على الإطلاق قل رواية مسلم وقوله يتموه قال ابن أبي

وهي مردودة فإن لم تفرق الصفقة بطل البيع في الكل وإن فرقها (فإن قلنا) هناك يصح في ثلثه بثلاثي الثمن فهنا يبطل البيع في الكل هكذا ذكره القفال وغيره وعلاه في التهذيب بأن البيع لا يبطل في شيء إلا ويسقط بقدره من الثمن فما من جزء يصح فيه البيع إلا ويكون بعضه محاباة وهي مردودة ولك هنا كلامان (أحدهما) أن المفهوم من هذا التوجيه شيوع المعاوضة والمحاباة في جميع الشقص وذلك لا يمنع تخصيص قرار المحاباة بالابطال ألا ترى أنه لم يمنع في القسم الأول تخصيص ما وراء القدر المحتمل من المحاباة والابطال (والثاني) أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة باقي الورثة على رأي كما أن الوصية بما زاد على الثلث لا تنفذ من غير إجازة الورثة على رأي فليفرق هنا بين الإجازة والرد كما في القسم الأول (والرابع) أن يكون الشفع وارثاً دون المشتري فإذا احتمل الثلث المحاباة أو لم يحتمل وصحنا البيع في بعض المحاباة في القسم الأول ومكنا الشفع من أخذه فهنا وجوه (أحدها) أنه يصح البيع كذلك ولا يأخذه الوارث بالشفعة لأن محاباة البائع مع المشتري وهو أجنبي عنه والشفيع يملك على المشتري ولا محاباة معه من المريض (والثالث) أنه لا يصح

عصرون يدور فيها الماء الحلو ويصفو لونها وقوله يشتد أى يصاب ويقوى وقد تقدم ذلك وقوله حتى يطعم - بضم الياء وكسر العين - ويقال - بفتح العين - وضبطه ابن البدرى انه - بفتح التاء والعين - أيضا وهى خطأ قال معناه حتى تصير طعاما وقيل تبلغ حين تطعم وقد ورد فى الصحيح من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ « نهى عن بيع النخل حتى يزهر وعن السنبل حتى يبيض » ولا تنافى بين هذا وبين حديث أنس المتقدم انه نهى عن بيع الحب حتى يشتد لان وقت اشتداده وقت مبادئ بياضه (اما الاحكام فقد اختلف الناس فى تفسير بدو الصلاح فروى عن ابن عمر أن بدو الصلاح فى الثمر بطولع الثريا وقد تقدم ذلك فى الحديث عنه وحكي عن عطاء وجماعة أن بدو الصلاح ان يوجد فى الثمرة ما يؤكل قليل أو كثير قال ابن المنذر وروى بذلك عن ابن عمر وابن عباس وروى عن النخعي أن بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها وعندى أن ذلك ليس باختلاف محقق يرجع الى معنى وكان ابن عمر لما أطلق طولع الثريا لأنه أو أن طيب الثمرة غالبا عندهم فى ذلك الوقت فتباين الالفاظ عن العلماء فى ذلك لا ينبغي أن يعتمد عليه فى اثبات اختلاف ومذهبنا أن بدو الصلاح يرجع الى تغير صفة فى الثمرة وذلك يختلف باختلاف الاجناس وهو على اختلافه راجع الى شىء واحد مشترك بينهما وهو طيب الاكل وفى ذلك جمع بين الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فان حديث أنس اعتبر الاشتداد فى الحب والاسوداد فى العنب والزهر فى الثمرة وحديث جابر دل على اعتبار الطعم فى الثمرة وهى تشمل العنب وغيره فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لانه وقت للطعم لالعينه فلذلك

البيع أصلا لانه لو صح لتقابلت فيه أحكام متناقضة لانا إن لم تثبت الشفعة أضررنا بالشفيع وإن أثبتناها أوصلنا اليه المحابة وهذا معناه بقوله لتناقض النفي والاثبات جميعاً (والرابع) يصح فى الجميع ويأخذ الشفيع ما يوازي الثمن منه ويبقى الباقي للمشتري مجانا لان المحابة مع الاجنبى دون الوارث فيجعل كانه باع بعض الشقة منه ووهب بوضه فيأخذ المبيع دون الموهوب (والخامس) أنه لا يصح البيع فى القدر الموازى للثمن لانه لو صح فى الكل فإن أخذه الشفيع وصلت اليه المحابة وإن أخذ ما وراء قدر المحابة كان إلزاماً بجميع الثمن ببعض المبيع وهو على خلاف وضع الشفعة وقد يقال فى العبارة عن هذا الوجه ان ترك الشفيع الشفعة سمحت المحابة مع المشتري والا فهو كما لو كان للمشتري وارثا فلا تصح المحابة والوجه الأربعة الأخيرة تحكى عن ابن سريج وأصح الخمسة عند الأكثرين منهم أبو على صاحب الأفصاح والعراقيون والاستاذ أبو منصور والامام وصاحب التهذيب إنما هو الثانى والاول عند ابن الصباغ وقضية إيراده فى الكتاب ويحسن أن يرتب فيقال فى صحة البيع وجهان ان صح فيصالح فى الجميع أو فيما وراء قدر المحابة وجهان ان صح فى الجميع بالشفعة أو ما وراء قدر المحابة أولا يأخذ شيئاً فيه ثلاثة أوجه *

قال في الحديث حتى تطيب قال الأصحاب ولا يصح ضبطه بطلوع الثريا لان من البلاد ما يتأخر فيه صلاح الثمر أو يتقدم بل البلد الواحد قد يتعجل في عام لاشتداد الحر ودوامه ويتأخر في آخر لاشتداد البرد ودوامه وطلوع الثريا لا يختلف لانها تطلع بعد ثمانية عشر يوما من بشنس قالوا وكذلك اعتباره بالا كل لا يصح لان ثمار النخل تؤكل طلعاً وبلعاً والكرم يؤكل حصرماً وليس ذلك صلاحه ولا يصح اعتباره بالقوة لان قوة الثمرة قبل صلاحها وإذا صلت لانت ونضجت وقد أشار الشافعي رضي الله عنه الى اختلاف بدو الصلاح في اجناس الثمار بقوله * وللحرير نضج كنضج الرطب فاذا رأى ذلك فيه حل بيع حريره * والقثاء تؤكل صفاراً طيباً فبدو صلاحه ان يتناهى عظمه أو عظم بعضه (واعترض) عليه أبو بكر بن داود بانه اما ان يكون الشافعي رضي الله عنه أراد ان يعلمنا انه يجب القثاء فلا فائدة في ذلك أو ان يعلمنا المحسوسات ولا يجوز أن يعلم الناس ذلك لانهم يعلمونه ضرورة (وأجاب) الأصحاب بان الشافعي قصد بهذا القول ان يفرق بين ما طعمه في الابتداء مخالف لما يكون في النهاية وان القثاء بخلاف ذلك لانه في ابتدائه وصفه طعمه كطعمه في حال كبره بخلاف بقية الثمار فانها تكون في ابتدائها حامضة أو مرة ثم تصير حلوة وأكثر الأصحاب لم يذكروا لبدو الصلاح ضابطاً كما فعل المصنف بل جعلوه مختلفاً كما اقتضاه كلام الشافعي قال الماوردي وجملة الثمار على ثمانية أقسام (أحدها) ما يكون بدو الصلاح فيه باللون وذلك في النخل بالاحمرار والاصفر وفي السكر بالحمرة أو السواد أو البياض (وأما) الفواكه الملونة (فمنها) ما يكون صلاحه بالصفرة كالشمس (ومنها)

قال ﴿ ولو تساوى شريكان إلى مجلس الحكم وزعم كل واحد أن شراء الآخر متأخر وله الشفعة فالحق قول كل واحد في عصمة ملكه عن الشفعة ﴾ فان تحالفا أو تناكلاً تساقطتا * وان حلف أحدهما وزعم كل الآخر قضى لمن حلف *

ذكرنا من قبل أن تقدم ملك الآخذ على ملك المأخوذ منه شرط في الشفعة فلو كانت في يد رجلين دار شريها بعقدين وادعى كل واحد منهما أن شراؤه كان قبل شراء صاحبه وأنه يستحق الشفعة عليه نظر إن ابتدأ أحدهما بالدعوى أو جامعاً وتنازعا في البداية فقدم أحدهما بالقرعة وادعى فعلي الآخر الجواب ولا يرضى منه في الجواب بأن يقول بل شرائي أسبق فانه ابتداء دعوى بل إما أن ينفي سبق شراء المدعى أو يقول لا يلزمني تسليم شيء اليك وحينئذ يحلف فان حلف استقر ملكه ثم تسمع دعواه على الأول فان حلف استقر ملكه أيضاً وان نكل المدعى عليه أولاً ردت اليمين على المدعى فخلف أخذ مافي يد المدعى عليه وليس للمدعي عليه التنازل بعد ذلك أن يدعى عليه لأنه لم يبق له ملك يأخذ به الشفعة وان نكل المدعى عن اليمين المردودة سقطت دعواه والمدعى عليه أن يدعى عليه هذا إذا

ما يكون بالبياض كالتفاح (قلت) ومحل ذلك فيما يتلون عند الادراك بلون يخالف اللون السابق وجعل القاضي أبو الطيب نوعاً من التفاح يكون أخضر في حال كماله كما يكون في صغره قال فبدو الصلاح فيه بطيب طعمه وحلاوته وكذلك جعل الشيخ أبو حامد الغنبي الأبيض وما قالاه ظاهر (القسم الثاني) مابدو صلاحه بالطعم فيه ما يكون بالحلاوة كقصب السكر ومنه ما يكون بالحوضة كالرمان فاذا زالت المرارة بالحوضة أو الحلاوة فقد بدا صلاحه (القسم الثالث) مابدا صلاحه بالنضج كالتين والبطيخ فاذا لانت صلابته بدا صلاحه وهذا معني قول غير الماوردي طيب أو الحلاوة العبارات الثلاث متقاربة فان ذلك يحصل في وقت واحد وقال صاحب النعمة لما تكلم في البطيخ الخيار والباذنجان حكمهما حكم البطيخ الا في شيء واحد وهو ان بدو الصلاح فيهما ليس ان يكبر ويتناهى لانهما لا يؤكلان في تلك الحالة ولكن ان يصير الى الحد الذي يقصد تناوله في تلك الحالة في العرف والعادة فاذا كان في جملة الصفقة واحدة قد بلغت الحد فهو وقت ابادته بعبء (ارابع) مابدا صلاحه بالقوة والاشتداد كالبر والشعير فاذا بدت قوته واشتد بدا صلاحه (الخامس) مابدا صلاحه بالطول والامتلاء كالعلف والبقول والقصب فاذا تناهى طوله وامتلاؤه الى الحد الذي يجذ عليه بدا صلاحه هكذا قال الماوردي وسندكر في آخر الكلام فرعا عن الامام في القرط وما في معناه من البقول يخالف ذلك وماقاله الماوردي أولى لما سندكر ونص الشافعي يدل لما قاله الماوردي والماوردي في اجازته بيع البقول اذا بدا صلاحها من غير شرط القطع تابع للصيمري وقال ابن الرفعة معتذرا عن الماوردي في ذلك ان

لم يكن لواحد منهما بينة (أما) إذا أقام أحدهما البينة على السبق دون الآخر قضى له وان أقام كل واحد منهما بينة على سبق شرائه مطلقاً أو على أنه اشترى يوم السبت وصاحبه اشترى يوم الأحد فهما متعارضتان وفي تعارض البينتين قولان (أحدهما) أنهما يتساقطان فكأنه لا بينة لواحد منهما (والثاني) أنهما يستعملان وفي كيفيته أقوال (أحدها) القرعة فعلى هذا فمن خرجت قرعته أخذ نصيب الآخر بالشفعة (والثاني) القسمة ولا فائدة لها ههنا إلا أن تكون الشركة بينهما على التفاوت فيكون النصف مقيداً (والثالث) الوقف وعلى هذا يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال ومنهم من لم يجز قول الوقف ههنا وقال لا معني للوقف مع كون الدار في يدهما ولو عينت كل واحدة من البينتين وقتاً واحداً فلا تنافي بينهما لاحتمال وقوع العقدين معاً ولا شفعة لواحد منهما لأننا تبينا وقوع العقدين معاً وفيه وجه أنهما يستقطان لأن واحدة منهما لم تتعرض لمقصود مقيمها فكأنه لا بينة *

﴿ الباب الثاني في كيفية الأخذ ﴾

قال ﴿ والنظر في أطراف ثلاثة (الأول) فيما لا يملك به فلا يملك بقوله أخذت وتملكت * ولكن

القصبة اذا انتهى الى تلك الحال لا يبقى عرفا بل العرف قطعه فاكتفى به كما اكتفى به في التبيقة في
 الثرة لعدم ^(١) وهذا الاعتذار يقتضى ان القطع واجب وانما يترك شرطه اكفاء بالعرف في ذلك
 قال وفائدة ذلك أنه لو انتهى بعضه الى هذا الحال جاز بيع جميعه من غير شرط القطع واستحق التبيقة في
 الباقي الى أن قطع (السادس) مابدو صلاحه بالعظم والكبر كالقضاء والخيار والباذنجان (السابع) مابدو
 صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز فاذا تشقق جوز القطن وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل
 بدا صلاحه ومقصود الماوردي من هذا انه اذا تشقق بعضه جاز بيع المشقق منه وغير المشقق اذا
 نظمهما العقد وغيره كما تقدم وليس مراده ان يجوز بيعه قبل التشقق بشرط القطع لان ذلك ممتنع
 لا تنساره وانما سبق الكلام في المعنى الاول (الثامن) مابدو صلاحه بافتتاحه واتساعه كالورد والينلونفر
 فاذا تفتح المنضم منه وانتشر فقد بدا صلاحه وورق التوت بدو صلاحه ان يصير كارجل البط هكذا
 قال عطاء والنخعي وجملة القول في بدو الصلاح ان تنتهي الثرة أو بعضها الى أحوال كالحاهكذا
 كلام الماوردي الا مافى ضمنه مما حكيناه عن غيره وما نقله في ورق التوت يوافق مقاله صاحب
 التهذيب فانه قال ان بيع أوراق الفرساد قبل تنافها لا يجوز الا بشرط القطع وكذلك قال القاضي
 حسين فلذلك رأى الرافعي ان يضبط حالة بدو الصلاح في هذه الاشياء بصيرورتها الى الصفة التي
 تطلب غالبا لكونها على تلك الصفة وهو موافق للضابط الذي قاله الماوردي وهو أسلم من ضابط
 الماوردي فان الكمال بالمعنى المذكور في باب الربا ليس مرادا ههنا واعتبار الماوردي أدنى الأحوال أحسن

(١) يياض بالاصل

يملك بتسليم الثمن وان لم يرض المشتري به * أو بتسليم المشتري الشقص اليه رضا بكون الثمن في ذمته *
 وهل يملك بمجرد رضا المشتري دون التسليم * أو بقضاء القاضي له بالشفعة عند الطلب * أو بمجرد
 الاشهاد على الطلب فيه خلاف * والأظهر أنه لا يملك *

حق الشفعة قد ثبت لواحد وقد ثبت لجماعة وعلى القديرين فلا شك أن الأخذ بها ضرب
 تملك يعرض فالحاجة الى بيان ما يحصل به الملك وبيان العوض المبذول وبيان الأحكام المعارضة باعتبار
 تعدد المستحق فعقد هذه الأمور أطرافاً (فاما الأول) فلا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم ولا
 إحضار الثمن ولا حضور المشتري ورضاه (أما الأول) فلانه ثابت بالنص فيستغني عن حكم الحاكم (وأما)
 الثاني فلانه تملك بعوض فلا ينقل الى إحضار العوض كلياً (وأما الثالث) فلما ذكرنا في الرد بالعيب
 وعند أبي حنيفة يعتبر حضور المشتري أو حكم الحاكم ولا يحكم الحاكم إلا إذا حضر الثمن وعن المعملوكي
 أن حضور المأخوذ منه أو وكيله شرط ولا بد من جهة الشفيع من لفظ كقوله تملك أو اخترت الأخذ
 بالشفعة أو أخذته بالشفعة وما أشبه ذلك والا فهو من باب المعاطات ولا يكتفى أن يقول لي حق الشفعة

من عبارة الرافعي فإنه قد تكون الصفة المقصودة منه غالباً نهاية تلك الحالة أو وسطها ولا يعتبر في بدو الصلاح إلا أولها فينبغي أن يزا هذا اللفظ في كلام الرافعي ليصير الضابط أوضح مع أنه صحيح بدونها فإن اللفظ منزل على ذلك وقد حكى الروياني عن القاضي أبي حامد أنه قال في جامعه قد قيل ورق التوت يباع إذا خرج من كمامه وبه يبدو صلاحه ثم نقل قول عطاء والنخعي المتقدم والله أعلم وقد ظهر لك بما ذكرته أن قول المصنف وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح إذ ليس فيه ذكر الورق وكلام الشافعي رحمه الله تعالى في الأم مصرح باعتبار بدو الصلاح في الحناء والكرسف والقصب ظاهر اللفظ يرد عليه القناء ونحوه فيجب أن يقال المراد ابتداء أكله المعتاد (فان قيل) البسر ليست العادة أن يؤكل في أول احمراره أو اصفراره بل يؤخر إلى تنهايه ومع ذلك بدو الصلاح فيه أن يحمر ويصفر كما صرح به الحديث ونص الشافعي قال امام الحرمين بين بدو الصلاح وبين الادراك وأوان القطاف قريب من شهرين يعني فلاجل ذلك لا يشترط الغاية المطلوبة في الطيب (فالجواب) ما قاله الامام فإنه أورد ما الذي أوجب الفرق بين القناء والثمار وأجاب أن لا فرق فان الزهو إذا ابتدأ الناس في الاكل وقد يعتب تأخر الطعام إلى تمام الادراك كذلك القول في القناء فان الصغار منه تبتدر ولكن عموم الاكل يتأخر والذي يتناهى صغره لا يؤكل قصداً الا ان يتفق على شذوذ فرجع الحاصل إلى طيب الاكل وابتداء الاعتقاد فيه فعلامه ذلك في التلونات التلون إلى جهة الادراك وفيها لا يتلون القوة وجريان الحلوة ناشار الامام إلى أن الذي لا يؤكل في العادة أصلاً كالقناء في حال تنهاى صغره لم يبدو صلاحه والذي

وأنا مطالب بها لان المطالبة رغبة في التملك والملك لا يحصل بالرغبة المجردة هكذا ذكره في التتمه وفي أملى أبي الفرج السرخسي أن الطلب يكفي سبباً لثبوت التملك ولا يقف على قوله تملكك والأول أظهر وكذلك قالوا يعتبر في التملك أن يكون الثمن معلوماً للشفيع ولم يشترطوا ذلك في الطالب وينبغي أن يكون في صحة التملك مع كون الثمن مجهولاً ما ذكرناه في بيع المراجعة وفي التتمه إشارة إلى نحو من هذا ثم لا يملك الشفيع بمجرد اللفظ بل يعتبر مع ذلك أحد أمور (الأول) أن يسلم العوض إلى المشتري فيملك به أن يسلمه ولا خلي بينه وبينه أو رفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم (والثاني) أن يتسلم المشتري الشئ ويرضى بكون الثمن في ذمته نعم لو باع شقصاً من دار عليها صفائح ذهب بالفضة أو بالعكس وجب التقابض ولو رضى بكون الثمن في ذمته ولم يسلم الشقص فوجهان (أحدهما) أنه لا يحصل الملك وقول المشتري ما لم يتصل به القبض في حكم وعد (وأصحها) الحصول لأنه معاوضة والملك في المعاوضات لا يتوقف على قبض (والثالث) أن يحضر مجلس القاضي ويثبت حقه في الشفعة ويختار التملك فيقضى القاضي له بالشفعة وفيه وجهان (أحدهما) أنه لا يحصل الملك ويستمر

يؤكل في العادة بدا صلاحه واللاكل في العادة مراتب ابتداء ووسط وانتهاء والمعتبر ابتداءها وهو حاصل في البسر بالاحمرار دون القشاء في صفه وادخال المصنف الزرع في أصناف الثمر يشهد له قول الله تعالى (كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده) وكل ما ذكره المصنف واضح مما ذكرته الا قوله ان صلاح العنب الاسود بأن يتموه والذي حكيت فيه فيما تقدم من كلام الماوردي وهو الموجود في كلام الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ان صلاح العنب الاسود باسوداده وفي كلام الماوردي أن الصلاح في الكرم بالتموه الى الحمرة أو السواد والله أعلم * وقول المصنف رحمه الله تعالى في القشاء حيث يؤخذ ويؤكل تنبيه علي ان امكان الاكل موجود فيه من قبل ولا يمكنه لا يؤخذ للاكل في العادة وفي معنى القشاء الخيار والباذنجان كما صرح به الروياني قال وفي الرمان بالحوضه أو الخلاوة وزوال المرارة وفي الورد الانفتاح والانتشار *

﴿ فرع ﴾ اذا باع اوراق الفرساد مع الاغصان فان بلغ نهايته جاز من غير شرط ثم ان كانت المقاطع معلومة فذاك والا بان يترك على الشجر سنة أو أكثر لم يحزم مالم يبين موضع القطع ويعلم عليه علامة وكذلك اذا باع الاوراق وحدها قبل نهايتها بشرط القطع ولكن لا تقطع الأغصان معها قال ذلك القاضي حسين *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي والاصحاب اذا بدا صلاح ما خرج من القشاء والبطيخ لم يحزم بيعه مالم يخلق منه تبعاً لما خلق ووجب افراد العقد بالموجود وقال مالك يجوز بيعه مالم يخلق تبعاً لما خلق لان

ملك المشتري إلى أن يصل اليه عوضه أو يرضى بتأخيرها (وأصحها) الحصول لأن الشرع نزل الشفع منرلة المشتري كأن العقد عقد له إلا أن يتخير بين الأخذ والترك فإذا طلب وتأكّد طلبه بالقضاء وجب أن يحكم له بالملك (والرابع) أن يشهد عدلين على الطلب فان لم تثبت الملك بحكم القاضي فهنا أولى وان أثبتناه فوجهان لقوة قضاء القاضي (وقوله) في الكتاب والأظهر أنه لا يملك بمقتضى ترجيح الوجه الصائر إلى عدم حصول الملك بالقضاء والشهادة وفيما إذا رضى المشتري أن يكون الثمن في ذمة الشفع وان لم يستلم الشقص لكن جواب الأكثرين في هذه الصورة وفي صورة قضاء القاضي بالشفعة أنه يثبت الملك واذا ملك الشفع الشقص بغير الطريق الاول لم يكن له أن يتسلمه حتى يؤدي الثمن وان سلمه المشتري قبل أداء الثمن ولا يلزمه أن يؤخر حقه وان أخر البائع حقه واذا لم يكن الثمن حاضراً وقت التملك أهمل ثلاثة أيام فان انقضت ولم يحضره فسخ القاضي تملكه هكذا حكى عن ابن سريج وساعده المعظم وفيه وجه آخر أنه إذا قصر في الاداء بطل حقه وان لم يؤخذ رفع إلى الحاكم وفسخ به *

الحادث يخلط فدعت الضرورة الى بيعه قبل وجوده تبعاً وهي دعوى ممنوعة فال بعض الاصحاب وطريق تحصيل ذلك ان يشتري هذا الشجر مع ثمرته وبدونها بشرط القطع ويستأجر منه الارض سنة أو سنتين فلا يملك مطالبته بالقطع *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رضي الله عنه ولا يجوز ان يستثنى من الثمرة مدا وقسم الاصحاب الاستثناء في البيع الى أربعة أقسام (الاول) ان يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده معلوما وهذا على ضربين مشاع ومحرز فالمحرز بملك ثمره هذه الحائط الا ثمره هذه النخلات العشر بعينها فهذا جائز بالاتفاق والمشاع بملك ثمره هذه الحائط الاربعها صحيح أيضاً ويكون المبيع ثلاثة أرباعها مشاعاً وقال الاوزاعي باطل لانه بيع على شرط الشركة (والقسم الثاني) ان يكون الاستثناء مجهولاً والمبيع بعده مجهولاً وهو ضربان مشاع ومحدد فالشاع كقوله بملك هذا الثمرة الاقوت سنتي أو قوت غلاني باطل اتفاقاً وماورد من ذلك على ابن عمر رضي الله عنه محمول على انه كان معلوماً والمحدد كبيع الثمرة الا عشر نخلات منها لا بعينها فهو باطل وقال مالك رحمه الله تعالى ان كان قدر ثلث الثمرة فما دون جاز وكان له عشر نخلات وسط (والقسم الثالث) ان يكون الاستثناء معلوماً والمبيع بعده مجهولاً كقوله بملك هذه الثمرة الاصعاً منها فهو باطل وقال مالك جائز (والقسم الرابع) ان يكون الاستثناء مجهولاً والمبيع معلوماً كقوله بملك من هذه الثمرة مائة صاع والباقي لي فإن لم يكن فيها مائة صاع فصاعداً صح ان امكن كيل الثمرة وبطل ان لم يمكن كيلها ولا يصح الخرص فيها لان البيع بالخرص لا يجوز لأنه

قال وهل يلتحق هذا التملك بالشراء في ثبوت خيار المجلس للشفيع وامتناع التصرف في الشقص قبل القبض * وامتناع التملك دون رؤية الشقص فيه خلاف من حيث أنه يشبه البيع في كونه معاوضة ويخالفه في أنه لا تراضي فيه *

فيه ثلاث صور (أحداها) في ثبوت خيار المجلس للشفيع فيه خلاف ذكرناه في البيع (والأظهر) الثبوت ويحكي ذلك عن نصه في اختلاف العراقيين وطلي هذا فيمتد إلى مفارقة المجلس وهل يقطع بأن يفارقه المشتري فيه وجهان (وجه) المنع أنه لاحظ له في الخيار فلا اعتبار بمفارقه (الثانية) إذا ملك الشفيع امتنع تصرف المشتري وان طلبه ولم يثبت الملك بعد لم يتمتع وأبدى الامام فيه احتمالاً لتأكد حقه بالطلب وحكي فيه وجهين في نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن (أظهرهما) المنع كتصرف المشتري قبل القبض (وجه) الثاني كونه قهراً كالارث قال ولو ملك بالاشهاد أو قضاء القاضي لم ينفذ تصرفه وكذا لو تملك برضى المشتري لكون الثمن عنده والقياس التسوية (الثالثة) في تملك الشفيع الشقص الذي لم يره طريقان (أظهرهما) أنه على قولي بيع العائب ان منعناه

تخمين وحس وانما يجوز في حق المساكين لأنه مواساة (قالت) الصحيح في العرايا انه لا يختص بالمساكين والله أعلم وان لم يعلم أن في الثمرة مائة صاع كان البيع باطلا للجهل بوجود المبيع فلو كملت من بعد فكانت مائة صاع فصاعدا لم يصح البيع بعد فسادة قال ذلك الماوردي وغيره من الأصحاب ذكر الفرع ولكن لم يستوعبوا هذه الاقسام مبسوطا كاستيعابه والله أعلم *

(فرع) إذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا منها قال الشافعي والأصحاب يكون الاستثناء صحيحا لأن ما يخص ألفا منها هو ربع الثمرة فان قال إلا ما يخص قيمة ألف منها بسعر اليوم لم يصح لأنه غير معلوم هكذا فرض القاضي أبو الطيب المسألة وهو غير ظاهر وقال الماوردي فيها ان كان الاستثناء بسعر ما باع صح وان كان بسعر يومه لم يجز ومراده ما قاله أبو الطيب وكلام أبي الطيب أبين وأحسن *

(فرع) قال اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم الا خمسة دراهم لم يجز قاله الروياني ولو قال بعثك فقيرا من هذه الصبرة الا مكوكا جاز لأنهما معلومان قاله الروياني *

(فرع) قال بعثك ثمرة هذا النخل إلا النوع العقلي فان شاهد العقلي المستثنى وعلم قدره صح البيع وان جهلاه فسد قاله الماوردي *

(فرع) باع شاة واستثنى سواقطها قال في الصرف لا يصح وكذا اذا قال إلا رأسها ويديها ولا فرق بين أن يكون البيع لمسافر أو لحاضر أو يكونا حاضرين أو مسافرين وبه قال أبو حنيفة وقال مالك في حق المسافر يجوز قاله القاضي أبو الطيب *

لم يتملكه قبل الرؤية وليس للمشتري منعه من الرؤية وان صححناه فله التملك ثم منهم من جعل خيار الرؤية على الخلاف في خيار المجلس ومنهم من قطع به وقال المانع هناك على رأى بعد اختصاص ذلك الخيار يأخذ الجانبين (والثاني) النع سواء صححنا بيع الغائب أو أبطلناه ولأن البيع بالتراضي فثبتنا الخيار فيه وههنا الشفيع يأخذ من غير رضى المشتري فلا يمكن إثبات الخيار فيه نعم لو رضى المشتري بأن يأخذ الشفيع ويكون الخيار فيكون بالخيار على قولي بيع الغائب ويحكى هذا الطريق عن ابن سريج واذا جوزنا له التملك وأثبتنا الخيار فله المشتري أن يمتنع من قبض الثمن واقباض المبيع حتى يراه ليكون على ثقة فيه (وقوله) حيث انه يشبه البيع إلى آخره توجيه لطرفي الخلاف في المسائل الثلاث والأظهر التحاقه بالشراء وكذلك يرد الشفيع بالعيب ولو أفلس وكان المشتري سلم الشقص اليه راضيا بذمته يجوز له الاسترداد *

قال (الطرف الثاني فيما يبذل من الثمن * وعلى الشفيع بذل مثل ما بذله المشتري إن كان مثليا

﴿ فرع ﴾ باع قطننا واستثنى حبه أو سمسمنا واستثنى كسبه أو شاة واستثنى جلدها كان البيع في هذا كله باطلا قاله الماوردي *

﴿ فرع ﴾ بيع الثمرة وفيها قدر الزكاة مذكور في (١) ولكن يذكر هنا ما يتعلق بهذا المكان وهو أنه لو قال بعتك الثمرة الا مقدار الزكاة يصح بشرط أن نذكر قدر الزكاة في البيع أهو العشر أو نصف العشر وقال مالك يكتفى بالعلم به شرعا عن ذكره ورده أصحابنا فإن أراد أن يدفع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه يحل محل البائع (والثاني) لا لأنه كالوكيل فإن استهلك المشتري الثمرة رطباً فنياً يطلب به من حق الزكاة وجهان (أحدهما) العشر تمراً على الوجه الذي يجبر له دفع الزكاة من غيرها فيكون ذلك ضماناً لعشرها تمراً (والثاني) يطلب بقيمة عشرها رطباً على الوجه الذي يمنع دفع الزكاة من غيرها فعلي هذا ان نقصت قيمة عشرها رطباً عن قيمة عشرها تمراً ففي الرجوع على البائع يفصل ما بينهما وجهان مخرجان من أن الزكاة وجبت في التمة أو في العين فعلى الأول يرجع وعلى الثاني لا يرجع عليه لزوال يده عن عين قال ذلك الماوردي ولعل ذلك مفروض فيما اذا أمر البائع للمشتري بأداء الزكاة وكذلك قاله الرويانى نقلاً عن الماوردي *

(١) يياض بالاصل

﴿ فرع ﴾ الزرع الذي يخلف كالقرط وما في معناه من البقول يكون متريداً أبداً لا وقوف له فاذا بيع منه جذة فلا بد من شرط القطع ولا ينظر في هذا القسم إلى ما يقع في زمن العاهات دون

أو قيمة (و) يوم العقد إن كان من ذوات القيم * فيبذل في المهوز وما عليه الخلع قيمة (وم) البضع * وفي عوض الكتاب قيمة النجوم (وم) * وفي عوض المتعة قيمة المتعة (وم) وفي الصلح عن الدم قيمة الدم (وم) *

المقصود الآن بيان ما يأخذ به الشفيع والمأخوذ أنواع (منها) البيع فإن بيع بمثل كلنقدين والحبوب يأخذه بمثله ثم ان قدر بمقياس الشرع أخذه به وان قدر بغيره كما لو باع بمائة من من الحنطة فيأخذه بمثله وزناً أم يكال ذلك المبلغ ويأخذ به كيلا فيه اختلاف ذكرناه في القرض ولو كان للثل منقطعاً وقت الأخذ عدل إلى القيمة كما في الغصب ولو بيع بمقوم من عبد وثوب ونحوها أخذه بقيمة ذلك المتقوم والاعتبار بقيمة يوم البيع لأنه يوم إثبات العوض واستحقاق الشفعة وقال ابن سريج تعتبر قيمته يوم استقرار العقد بانقطاع الخيار وهذا ما أورده صاحب التهذيب وجماعة وعن مالك أن الاعتبار بقيمة يوم المحاكمة * لنا أن الثمن صار ملكاً للبائع فلا تعتبر زيادته في حق المشتري ولو جعل الشقص رأس مال سلم أخذه الشفيع بمثل

ولا إلى طيب الأكل لأجل الاختلاط قاله الامام وقد تقدم عن الماوردي ما يخالفه وقول الامام انها لا تزال
ترابدة يمنع فان فرض كذلك فالأمر كما قال كما سيأتى فى كلام المصنف فى بيع الثمار الذى يعلم اختلاطها *
﴿ فرع ﴾ إذا اشترى الزرع الذى لا يخلف إما بعد بدو الصلاح وإما قبله شرط القطع وقد
ضمنت تبقيته إما بعد بدو الصلاح وإما قبله باتفاقها فالزيادة التى تحصل فى الزرع للمشتري بالاتفاق
كنمو الثمرة الى وقت اتفاق القطع وليست كزيادة الزرع الخلف قاله الامام والزرع الذى لا يخلف لو
قطع يملك المشتري ظاهره وعروقه المستمرة بالأرض قاله الامام (قلت) فيجىء على ذلك أنه إذا حصد
وكانت عروقه تضر بالأرض كالذرة يجب على المشتري قلعها وتسوية الحفر الحاصلة بسببها كما تقدم
مثله إذا اشترى الأرض فانه يجب على البائع ذلك وان لم يضر بالأرض لم يجب كما تقدم أيضاً وسنذكر
فى مسألة اختلاط الرطبة عن صاحب التتمة ما يخالف ما قاله الامام هنا ان شاء الله تعالى *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان وجد بدو الصلاح فى بعض الجنس من حائط جاز بيع الجنس كله فى ذلك الحائط لا نالو قلنا لا يجوز

المسلم فيه ان كان مثلياً أو بقيمته ان كان متقوماً ولا فرق بين ان يكون دين اتلاف أو دين معاملة (ومنها)
الشقص المهور يؤخذ بمهر مثل المرأة لأن البضع متقوم بقيمته مهر المثل وكذا اذا خالها على شقص
والاعتبار بمهر مثلها يوم النكاح ويوم جريان السنونة هذا هو المشهور وفى التتمة عن بعض الاصحاب
أنه خرج وجهاً أنه يأخذ بقيمته يوم القبض وأصله ان المرأة اذا وجدت بالصداق عيباً وردته ترجع
بقيمته على أحد القولين واذا كان المستحق عند الرد بالعيب بدل المسمى كذلك عند الأخذ بالشفعة
وهذا مذهب مالك * ولومتع المطلقة بشقص أخذ الشفع بمثله لا بالمهر لان المنفعة هى التى وجبت
بالطلاق والشقص عوض عنها (ومنها) لو اخذ من المكاتب شقصاً عوضاً عن النجوم أخذ الشفع بمثل
النجوم أو قيمتها لان النجوم هى التى قابلته (ومنها) الشقص الذى جعل أجرة الدار يؤخذ بقيمة المنفعة
وهى أجرة مثل الدار (ومنها) اذا صالح عليه عن الدم أخذ الشفع بقيمة الدم وهى الدية ويقود منه
الجريح ويذهب ملكه (ومنها) مالرب التمر لو استقرض شقصاً أخذ الشفع بمثل قيمته وان قلنا ان
المستقرض يرد المثل لان الفرض مبنى على الارفاق والشفعة ملحقة بالاتلاف والمواضع المحتاجة الى
الرقوم من لفظ الكتاب لا تخفى بعد ما ذكرناه *

قال ﴿ وان باع بألف إلى سنة * فان شاء عجل فى الحال الألف واخذ * وان شاء نبه على

الطلب (و) وأخر التسليم إلى مضى السنة * وروى حرملة قولاً أنه يأخذ (ح) بثمان مؤجل عليه كما
أخذه المشتري * وحكي ابن سريج أنه يأخذ بعوض يساوى ألفاً إلى سنة * ﴿

الافيا بدا صلاحه فيه أدى الى المشقة والضرر بسوء المشاركة ولا يجوز أن يبيع مالم يبد فيه الصلاح من جنس آخر ولا مالم يبد فيه الصلاح في ذلك الجنس من حائط آخر لان المنع من ذلك لا يؤدي الى الضرر بسوء المشاركة فان بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط فباع منه مالم يبد فيه الصلاح مفرداً من غير شرط القطع ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لا باجئلناه في حكم ما بدا فيه الصلاح لحاز افراده بالبيع (والثاني) لا يجوز لانه انما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح تبعاً لما بدا فيه الصلاح وما أجبر ببعه تبعاً لغيره لم يجز افراده بالبيع كالحل *.

﴿ الشرح ﴾ في هذه الحلة ثلاث مسائل (أحدها) قال الشافعي رضي الله عنه والأصحاب اذا بدا الصلاح في بعض الثمرة جاز بيع جميعها وذلك ان الله تعالى أجرى العادة بان الثمار لا تطيب دفعة واحدة رقفاً بالعباد فانها لو طابت دفعة واحدة لم يكمل تفكههم بها وانما تطيب شيئاً فشيئاً ولو اشترط في كل ما يباع طيبه في نفسه لكان فيه ضرر فان العذق الواحد يطيب بعضه دون بعض و إلى ان الاخير بتساقط الاول فكان يؤدي الى أنه اما ان لا يباع واما أن يباع حبة حبة وفي كلا الامرين حرج ومشقة وقد قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقال ﷺ « بعثت بالحنيفية السمجة » وذكر

إذا كان الثمن حالا بذله الشفيع في الحال فاما إذا باع بألف إلى سنة مثلاً ففيه ثلاثة أقوال (أصحها) وبه قال أبو حنيفة ان الشفيع بالخيار بين أن يعجل الألف ويأخذ الشقص في الحال وبين أن يصبر إلى أن يحل الأجل فينبذ ببذل الألف ويأخذ الشقص وليس له أن يأخذ بألف مؤجل لأن الدم لا يتمثل فقد لا يرضى المشتري بذمة الشفيع وان رضى البائع بذمة المشتري ولا يمكن إزمائه الأخذ بألف حال لما فيه من الاجحاف (والثاني) أن له أخذ الشقص بألف مؤجل كما أخذه المشتري تنزيلاً للشفيع منزلة المشتري كما ينزل منزله في قدر الثمن وسائر صفاته (والثالث) أنه يأخذ بعرض يساوي الألف إلى سنة كيلاً يتأخر الأخذ ولا يتضرر الشفيع ولا المشتري . ولنتكلم في حال هذه الأقوال وتقرئها (أما) حالها (فالأول) منصوص عليه في الجديد (والثاني) نسبة الامام وصاحب الكتاب إلى رواية حرملة وسكت الأكترون عن ذلك ورووه عن القديم (وأما الثالث) فعامة الأصحاب ذكروا أن ابن سريج نقله عن الشافعي رضي الله عنه من كتاب الشروط والمفهوم من إرادته أنه نص عليه فيه وقال الشيخ أبو حلي ان ابن سريج خرجه من قول الشافعي من كتاب الشروط أنه يجوز بيع الدين فقال يقوم الدين المؤجل بعرض ويأخذه الشفيع به *.

﴿ التفرع ﴾ فان قلنا بالجديد لم يبطل حقه بالتأخير لأنه تأخير بعذر ولا يكن هل يجب عليه تسديه المشتري على الطلب فيه وجهان (أحدهما) لا إذ لا فائدة فيه (والثاني) نعم لأنه ميسور إن كان

الشافعي رضي الله عنه في الام عن عطاء في الحائط تكون فيه النخلة تترهى والحائط بايع قال حسبته اذا اكل منها فليبيع ولا أعلم بين العلماء خلافا في ان لا يشترط الملاح في جميع المبيع وانما اختلفوا في مقدار ما يضبطونه به وذهبنا انه يكفي بدو الملاح في نخلة واحدة ل في بكرة واحدة ولا خلاف ان غير النخل من الشجر حكمه حكم النخل * اذا عرفت هذه الجملة فقد قال الأصحاب اذا بدا الملاح في بعض الثمرة دون بعض نظر ان اختلف الجنس لم يكن بدو الملاح في أحد الجنسين صلاحا في الجنس الآخر حتى لو باع الرطب والعنب صفقة واحدة وبدا الملاح في احدهما دون الآخر وجب شرط القطع في الجنس الذي لم يبدأ فيه لاختلاف في ذلك عندنا وقل الليث بن سعد يجوز ويكون ذلك صلاحا لجميع أجناس الثمار في ذلك البلد * وان اتحد الجنس والنوع والبستان والصفقة والمالك جاز البيع من غير شرط القطع بلا خلاف وان اختلف شيء من هذه الاشياء ففيه صور (الاولى) ان يختلف النوع كالعقلى والبرنى فيبيع النوع الذي بدا صلاحه والنوع الذي لم يبدأ صلاحه من جنسه في ذلك البستان صفقة واحدة وفيه وجهان مشهوران في طريقتي العراقيين والحارسانيين كلوجهين في نظير ذلك في التأخير (والأصح) عند الرافعي التبعية وان حكمه وحكم التأخير

الآخذ معسرا الى هذا أشار في الكتاب بقوله ان شأية المشتري على الطلب لكن الأول أشبه بكلام الأصحاب * ولو مات المشتري وحل عليه الثمن لم يتعجل الأخذ على الشفيع بل على خيرية إن شاء أخذ في الحال وان شاء صبر إلى مجيء ذلك الحل ولو مات الشفيع فالحيرة التي كانت له تثبت لورثته ولو باع المشتري الشقص في المدة قدأ فالشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الثاني وبين أن يفسخه إما في الحال واما عند حلول الاجل ويأخذه بالثمن الأول هذا إذا قلنا ان الشفيع ينقض تصرف المشتري وهو الظاهر وفيه خلاف سيأتى (وان قلنا) بالقول الثاني ففي موضعه وجهان (أحدهما) أنه إنما يأخذ بضمنه ورجل إذا كان مليكاً موقوفاً به أو اذا أعطى كفيلاً مليكاً والالم يأخذه لأنه اضرار بالمشتري وبهذا قال مالك وأحمد (والثاني) أنه لا يأخذ على الاطلاق ولا ينظر الى صفته * ولو أخذه ثم مات حل عليه الاجل (وان قلنا) بالقول الثالث فتعين العرض الى الشفيع وتعديل القيمة الى من يعرفها ذكره الامام قال فلو لم يتفق طلب الشفعة حتى حل الأجل وجب الا يطالب على هذا القول الا بالسلعة المعدلة لان الاعتبار في قيمة عوض المبيع بحال المبيع ألا ترى أنه اذا باع بمتقوم تعتبر قيمته يوم البيع وعلى القولين الآخرين لو أحر الشفيع بطل حقه *

قال * ولو اشترى شقصاً وسيقاً بألف أخذ (م) الشقص بما يخصه من الثمن باعتبار قيمة يوم العقد * ثم لا خيار للمشتري فيما فرق عليه من الصفقة *

واحد وذلك مقتضى إطلاق المصنف رحمه الله تعالى وهو قول ابن خيران وأبي علي الطبري علي ما حكاه أبو الطيب عنهما وبه جزم البندنجي فيما نقل عنه وهو الذي نص عليه الشافعي علي ما حكاه أحمد بن بشرى عن الاملاء انه قال فيه اذا كان في حائط برني ومحوة وصيحاني فبدا صلاح جنس جاز بيع الجميع (وأما) قوله في الصرف فان كان تخلوا وعنبا أو غيره وبد صلاح سنف منه فلا يجوز ان يبيع واحدا منهما بحاله فلا ينافيه فان معنى هذا ان يفرد بالبيع ومعنى الاول ان يبيع الاصناف جملة فهذا النص للنقل عن الاملاء صريح لا يقبل التأويل لكن القاضي أبا الطيب قال ان الصحيح للذي ذكره القاضي أبو حامد في الجامع ونص الشافعي عليه في المبوطي انه لا يكون بدو الصلاح في النوع الآخر لانه قد نص ان الصلاح اذا بدا في الثمرة الصيفية فانه لا يكون بدو له في الثمرة الشتوية فكذلك في النوعين مثله سواء (قلت) ولا حجة في هذا لان الثمرة الشتوية والصيفية يختلفان في الوقت اختلافا ظاهرا بعيدا والنوعان من الثمرة الواحدة متقاربان غالبانم ان فرض نوعان أحدهما شتوي والآخر صيفي فينبغي ان يكون الامر كما قال القاضي أبو الطيب فانما ناعتبر بدو الصلاح لكونه وقتا يطلب على اللظن فيه أمنا من العاهة ولا شك ان بين صلاح الشتوية والصيفية من الزمان مالا

اذا اشترى الشقص للشفوع مع عرض كثوب وسيف صفقة واحدة وزع الثمن عليهما باعتبار قيمتهما وأخذ الشفع الشقص بحصته من الثمن وبه قال أبو حنيفة وأحمد وعن مالك أنه يأخذها جميعا لما ذكرنا في أول الكتاب ويروى عنه ان كان من مصالح الصفقة وتوابعها كالثيران وآلات الحرب والمعبود للعامل والمطلبستان أخذ الشفع مع الشقص وان كان غير ذلك لم يأخذه ثم النظر في قيمتهما الى يوم البيع لانه وقت اللقاة قال الامام واذا قلنا ان للملك ينتقل باقطاء الخيار فيجوز أن يعتبر انقطاع الخيار لان انتقال للملك الذي هو سبب الشفعة حينئذ يحصل واذا أخذ الشفع الشقص لم يثبت للمشتري الخيار وان تفرقت الصفقة عليه لدخوله فيها عالما بالحال *

قال ﴿ولو تعيبت الدار باضطراب سقها أخذ المبيع بكل الثمن كما يأخذ المشتري من البائع اذا عاب المبيع قبل القبض ﴾ وان تلف الجدار مع رض العرصة بأن تعشاه السيل أخذ الباقي بحصته * وان بقي تمام العرصة واحترمت السقوف * فان قلنا انها كأطراف المعبود أخذ (م) بالكل * وان قلنا كأحد المعبدين أخذ بحصته * وان كان النقص باقيا فهو منقول فنيقاء الشفعة فيه قولان (و) لانه قارن الابتداء لم يتعلق به الشفعة * وان قلنا يبقى حق الشفع فيه فيأخذ المتهدم مع النقص بكل الثمن * وان قلنا لا يبقى الحق فيه * فان قلنا الجدار كأحد المعبدين أخذ الباقي بحصته * وان قلنا كأطراف المعبود فقولان * اذ يبعد أن يفوز للمشتري بشيء مجانا *

يوثق بذلك فيه وكلام الشافعي الذي قاله قال وصالح الثمرة اذا احمرت او اصفرت في الحائط نخلة واحدة
فقد جاز بيعه وان كان بعضه شتويا وبعضه صيفيا فلا يجوز الان بيع كل واحد منهما على حiale وظاهر
هذا الكلام انه في الجنس الواحد وأما حمل على الجنسين فبعيد واذا كان في الجنس الواحد فلا وجه حينئذ
بأن يقال بأن بعض الانواع تابع لبعض وان كان بعضها شتويا وبعضها صيفيا لخلفة نص الشافعي فاما
ان يقال ان ذلك شاهد لان اختلاف النوع يؤثر في قطع التبعية مطلقا كما قال القاضي أبو الطيب واما
لن يقال انه يفرق في الانواع بين ما يتقارب ادراكها فيحكم فيها بالتبعية وبين ما يتأخر فلا يحكم بل
لا ينظر الى اختلاف الانواع بل إلى تفاوت الزمان حتى لو كان نوع واحد معقليا مثلا منه ما يكون في
الصيف ومنه ما يكون في الشتاء لا يحمل أحدهما تابعا للآخر في الصلاح فهذا هو الاقرب لكلام الشافعي
المذكور والمعنى والفقهاء يقتضيه كان المقصود هنا الأمن من العاهة كما تقدم التنبيه عليه فالقول بان
اختلاف الانواع لا أثر له وان اختلاف الزمان مخالف لنص الشافعي في البويطي والحاقه بالتأخير غير
متجه لاختلاف اللارك في التأخير والقول بان اختلاف الانواع مؤثر مطلقا مخالف لنصه المنقول عن الاملاء وهذا
الذي قلته يحسن أن يكون وجهان ثالثا وبه يحصل الجمع بين النصوص التي نقلت عن الشافعي ويمكن

الفصل يتعلق بأصلين (أحدهما) أن المنقول لاشعة فيه واذا ضم الى شقص وبيعا صفته واحدة
أخذ الشقص بالشفعة بحصته والعهد قريب بهذا الاصل (والثاني) أن الخلاف في أن السقف والجدران
من الدار المبيعة كأحد العبد المبيعين أو كطرف من أطراف العبد المبيع أو أوصفة من صفاته وهذا
ذكرناه في النظر الثالث من كتاب البيع * اذا عرف ذلك فاذا اشترى شقصا من دار ثم تقضت الدار
فلها احوال (أحدها) ان يبعث من غير تلف شيء منها ولا انفصال بعضها من بعض بان شق جدار أو
مالت اسطوانة أو انكسر جذع أو اضطرب سقف فالشقيع بالخيار بين الاخذ بكل الثمن وبين الترك
ويكون تعيينه في يد المشتري كتعيب المبيع في يد البائع فانه يخير المشتري بين الاخذ بجميع الثمن وبين الفسخ
(والثانية) أن يتلف بعضها فينظر ان تلف شيء من العرصة بأن غشيها السيل فغرقها أخذ الباقي بحصته من الثمن
وان بقيت العرصة بتمامها وتلفت السقف والجدران باحترق وغيره (فان قلنا) ان الابنية كأحد العبد المبيعين
المبيعين أخذ العرصة بحصتها من الثمن وهو الاصح وبه قال أحمد ومالك (وان قلنا) انها كأطراف العبد
وصفاته أخذها بكل الثمن وفرق بعضهم بين أن يكون التلف بأفة سماوية فيأخذها بجميع الثمن أو باتلاف
متلف فيأخذها بالحصلة لان المشتري يحصل له بدل التلف فلا يتضرر وهذا قال أبو حنيفة (والثالث) أن
لا يتلف شيء منها ولكن ينفصل بعضها عن بعض بالانهدام وسقوط الجدران فهل يأخذ الشقيع النقص
فيه قولان ويقال وجهان (أحدهما) لا لأنه منقول كما لو كان في الابتداء كذلك وأدخل النقص في البيع

أن يحمل كلام الشافعي في الصبي والشتوي علي الجنسین ان لم يكن فيه ما يدفعه قال ابن أبي عصرون
وإذا كان في البستان جنسان يتباعدا ادراكهما كالصبي والشتوي وبدا صلاح الصبي لا يتبعه الشتوي
والله تعالى أعلم * ومن العجب أن ابن خيران اختار فيما إذا أبر بعض الانواع دون بعض أن غير المؤبر لا يتبع
المؤبر واختار أن النوع الذي لم يبد صلاحه يتبع الذي بدا صلاحه والقاضي أبو الطيب قل ذلك عنه
في المسألتين وهو مشهور عنه في المسألة الأولى وقد قدمت الفرق بين التأخير وبدو الصلاح واختلاف
مأخذيها فلذلك لاتناقض بين كلاميه وقال القاضي أبو الطيب انه ومن واقفه في مسألة بدو الصلاح
استدلوا بان هذه الأنواع تضم إلى مابدا صلاحه في الزكاة فتى وجد منها وسقان ونصف ومن هذه التي
بدا صلاحها وسقان ونصف وجبت الزكاة قال وهذا الذي ذكره ينتقض بما نص عليه الشافعي رضي
الله عنه من الثمرة الشتوية مع الصيفية فإنها لا تتبعها في بدو الصلاح وان كانت تضم اليها في الزكاة فاطلاق
كلام المصنف رحمه الله تعالى يقتضي أنه لا فرق بين أن يختلف النوع أولا ولا فرق بين أن يختلف
الزمان أولا وقد علمت ما فيه والله أعلم * وقول المصنف ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من
جنس آخر قد قدمت أن ذلك لا خلاف فيه عندنا وان الليث بن سعد خالف فيه وردوا عليه بأنه

لا يؤخذ بالشفعة (والثاني) نعم قال في الشامل وهو اختيار أبي إسحق وشيوخنا المتأخرين لأن منقولته عرضت
بعد البيع وتعلق حق الشفيع به والاعتبار بحال جريان العقد ولهذا لو اشترى داراً فأنهدمت يكون
النقض والعروة للمشتري وان كان النقص لا يدخل في البيع لوجرى وهي منهدة (فان قلنا) انه يأخذ
النقص أخذه مع العروة بجميع الثمن والا أعرض عن الكل (وان قلنا) انه لا يأخذه فيزني على أن
السقوف والجدران كأحد العبدین المبيعين أو كطرف العبد (إن قلنا) بالأول أخذ العروة وما بقي من
البناء بمحضتهما من الثمن (وان قلنا) بالثاني فوجهان (أحدهما) أنه يأخذ الحصة لأن النقص كان من
الدار المشتراة فيبعد أن يبقى للمشتري مجانا ويأخذ الشفيع ماسواه بتمام الثمن (والثاني) أن يأخذ الكل
بالثمن كما في الحالة الأولى وعلى هذا يشبه النقص بالثمار والزوائد التي يفوز بها المشتري قبل قبض الشفيع
ومنهم من يطلق قولين تقريباً على أن النقص غير مأخوذ من غير البناء على أن النقص كأحد
العبدین أو كأطراف العبد ويوجه الأخذ بالكل بأنه تنص حصل عند المشتري فأشبهه تشقق الحائط
والأخذ بالهبة بأن مالا يؤخذ من المبيع بالشفعة تسقط حصته من الثمن كما إذا اشترى شقة وسيفاً •
(واعلم) أن منقول المزي في المختصر أن الدار إذا أصابها هدم يأخذ الشفيع الشقص بجميع الثمن أو يترك
وعن القديم وموضع من الجديد أنه يأخذ بالحصة واختلاف الأصحاب في العبدین بحسب ما حكينا
عنهم في فقه الفصل فالفرقون في الحالة الثانية بين أن يتاف بمحض العروة حيث يأخذ الباقي بالحصة وبين

يلزمه بيع العنب قبل أن يسود وهو خلاف الحديث الصحيح (الصورة الثانية) أن يختلف البستان كما إذا بدا الصلاح في جنس في بستان وله بستان آخر فيه من ذلك الجنس لم يبد فيه الصلاح فباعهما صفقة واحدة فالشهور من المذهب أنه لا يصح وإن صلاح أحدهما لا يكون صلاحاً للآخر وادعى القاضي أبو الطيب أنه لا خلاف فيه وبذلك جزم الماوردي وجميع العراقيين ومال الأمام إلى خلاف ما قالوه سيما إذا لم يتباعد وليس بينهما الإجدار ولأجل ذلك أثبت الغزالي في المسألة وجهين أخذاً من تفقه الأمام وتبعه الرافعي وظاهر نص الشافعي يشهد لما قاله العراقيون فإنه قال في الأم والحوادث تختلف بهامة ونجد والسقيف فيستأخر أبار كل بلد بقدر حرها وبردها وما قدر الله من إبانها فمن باع حائطاً منها لم يؤثر قشمرته للمبتاع وإن أبر غيره لأن حكمه به لا يغيره ولذلك لا يباع منها شيء حتى يبدو صلاحه وإن بدا صلاح غيره وسواء كان نخل الموجل قليلاً أم كثيراً إذا كان في خطار واحدة وبقعة واحدة في غير خطار فبدا صلاح واحدة منه حل ببيع ولو كان إلى جنبه حائط آخر له أو لغيره فبدا صلاح حائط غيره الذي هو إلى جنبه لم يحل بيع ثم حائطه بحلول بيع الذي إلى جنبه هذا كلام الشافعي رضي الله عنه وهو صريح بعدم التبعية إذا اختلف البستان والملاك وظاهر في عدم التبعية عند اختلاف البستان وحده وإن

أن يتلف بعض النقض أو كله وتبقى العرصة كلها حيث يأخذ الباقي بالكل جواباً على إيجابه بأطراف العبد وحلوا النص الثاني على ما إذا تلف بعض العرصة والأول على ما إذا بقي كل العرصة وتلفت الأبنية والفارقون بين أن يكون التلف بأفة سماوية أو باتلاف متلف حملوا الأول على ما إذا كان التلف بأفة سماوية والثاني على ما إذا كان باتلاف متلف والفريقان متفقان على فرض النصين في الحالة الثانية والذين قالوا في الحالة الثالثة لا يأخذ الشفيع النقض منهم من أثبت النصين المذكورين وقطع بالأخذ بالحصة وحمل منقول المزي على الحالة الأولى وهو مجرد التعيب والذين قاوا يأخذ النقض بالشفعة حملوا النص الثاني على ما إذا تلف كل النقض أو بعضه ونزلوا الأول على منذهبهم فخلصت من هذه التصرفات خمسة طرق في النصين والله أعلم * (وقوله) في الكتاب وفي بقاء الشفعة قولان يجوز إعلامه - بالواو - لان عن ابن سريج طريقة جازمة ببقاء الشفعة فيه ذكرها في التتمة *

قال * ولو اشترى الشقص بألف ثم حط بالبراء فانه ان كان بعد اللزوم فلا يلحق الشفيع * وإن كان في مدة الخيار لحقه على الأصح (و) * وإن وجد البائع بالعبد الذي هو عوض الشقص عيباً وأراد استرداد الشقص قبل أخذ الشفيع فهو أولى به من الشفيع في أقيس القولين * وإن كان بعد أخذ الشفيع لم ينقض (و) ملك الشفيع * ولكن يرجع إلى قيمة الشقص * فان زاد على ما بذله الشفيع أو نقص في التراجع بين المشتري والشفيع خلاف إذا صارت القيمة ما قام الشقص بها على

كان قد اقتصر على قوله حائط غيره ففي كلامه المذكور مواضع ترشد الى اطراد الحكم في حائطه الآخر والله أعلم * فاذا قلنا بالمشهور فباعها فيجب اشتراط القطع في الذي لم يبد صلاحه فان باعها على الاطلاق بطل فيما لم يبد صلاحه وفي الذي بدا صلاحه قولاً تفريق الصفة قاله الماوردي فاما إذا أفرد البستان الذي لم يبد صلاحه بالبيع وقد بدا الصلاح في الذي الى جانبه فقد تقدم أن كلام الرافعي رحمه الله يقتضي جريان خلاف فيه ولم أقف عليه لغيره وصرح جماعة بالحزم بخلافه وقال الامام انه رأى الطرق متفقة على خلافه وأن ذلك يشير إلى ما ذكره العراقيون من اعتبار اتحاد البستان (الصورة الثالثة) ان تختلف الصفة مع اتحاد البواقي كما إذا بدا الصلاح في نوع فباع من ذلك النوع في ذلك البستان ما لم يبد صلاحه منفرداً من غير شرط القطع فيه وجهان مشهوران في طريقتي العراقيين والخراسانيين وبعضهم يقول قولان (أحدهما) يجوز من غير شرط القطع لما ذكره المصنف (والثاني) وهو الصحيح عند القاضي أبي الطيب وابن أبي عصرون والرافعي انه لا يصح ورتب القاضي حسين هذين الوجهين على الوجهين فيما اذا جمع النوعين صفقة واحدة (وان قلنا) هناك لا يستتبع فهنا أولى والا ففيه وجهان * ﴿فرع﴾ قال بعتك هذا بكذا وهذا بكذا فالظاهر ان الحكم كذلك نظراً لتفصيل الثمن

المشتري أخيراً * وكذا لو رضى البائع بالعيب في استرداد الشفيع به قيمة السلامة من المشتري خلاف * وان وجد المشتري بالشفيع عيباً بعد أخذ الشفيع لم يكن (و) له طلب أرش * فان رد الشفيع عليه رد هو علي البائع * فان وجد قبل أخذ الشفيع ومنعه عيب حادث من الرد فاسترد أرشاً فهو محطوط عن الشفيع قولاً واحداً *

الفصل ينظم مسائل (أحداها) اذا اشترى الشفيع بألف درهم ثم اتفق المتبايعان على حط من الثمن أو زيادة فذلك إما أن يكون قبل لزوم العقد أو بعده اما في زمن الخيار أو مكانه وحكم القسمين ما ذكرناه في البيع بالشيوخ وحاصله أنه لا تلحق الزيادة ولا الحط بالعقد بعد لزومه ولا حط البعض ولا حط الكل وذهب أبو حنيفة الى التحاق حط البعض به حتى يأخذ الشفيع بالباقي وفيما قبل اللزوم وجهان (أصحهما) الالتحاق كما ذكره صاحب الكتاب ههنا وان أشار في البيع الى ترجيح المنع (واذا قلنا) بالالتحاق وحط كل الثمن فهو كالو باع بلا ثمن وحينئذ فلا شفعة للشريك لانه يصير هبة علي رأى ويبطل علي رأى وكنا قد ذكرنا في البيع التفات الخلاف في الالتحاق الى الخلاف في الملك في زمن الخيار وعلي ذلك جري الامام وآخرون ههنا فقالوا (ان قلنا) ان الخيار لا يمنع ثبوت الملك للمشتري فكما يملك المشتري المبيع يملك البائع ثمنه فينفذ تصرفه بالابراء لمصادفته ملكه قال الامام وفيه احتمال لأن الاصحاب ترددوا في أن اعتاق المشتري في زمن الخيار هل ينفذ مع الحكم بثبوت الملك له لتعلق خيار البائع بالمبيع فاذا ترددوا في

وجوز ابن الرفعة ان يأتي فيه وجه بالجزم بالصحة كما هو وجه أيضاً فيما اذا قال بعثك هذا بدرهم وأجرتك هذا بآخر فقال الخاطب قبلتهما نظراً الى الجمع في القبول (الصورة الرابعة) ان يختلف الملك مع اتحاد الجنس والنوع والبستان قيل يجوز ان لم يبد الصلاح في ملكه لاجل اتحاد البستان فان طباعه واحدة وقد بدا الصلاح في ذلك النوع في الجلة أو لا يجوز نظراً اليه في نفسه فيه وجهان وقد علمت في الصورة الثالثة ان الصحيح عدم الصحة لاجل افراد مالم يبد صلاحه بالمبيع والمالك واحد فهنا أولى بعدم الصحة قل الرافعي رحمه الله تعالى وقياس ذكر الوجهين ههنا عند اتحاد البستان واختلاف الملك ان يكونا في التأخير كذلك وان لم يجر لها ذكر والظاهر انه لا يعتبر في الموضعين اتحاد الملك (الصورة الخامسة) ان يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقي فتنقض كلام الرافعي اثبات خلاف في ذلك ولم أره لغيره وكيف ما كان فالصحيح عدم التبعية عند تعدد البستان فعند تعدد البستان والنوع أولى (الصورة السادسة) أن يختلف البستان والنوع والصفة فيفرد النوع الذي لم يبد صلاحه من أحد البستانيين اعتماداً على بدو الصلاح في النوع الآخر من البستان الآخر الذي لم يباغه

الاعتاق مع قوته لهذا المعنى جاز أن يتردد في الإبراء لأن الثمن متعلق بخيار المثلث (واذا قلنا) ان الملك للبائع أو موقوف في حمة الخط وجهان عن القاضي حدين (أحدهما) الصحة لجران الناس عليه في الأعصار الحالية (والثاني) المنع لأنه تصرف فيما ليس بملوكاً حيث قلنا بصحة الخط في التحاقه بالعقد خلاف (والثانية) إذا اشترى الشقص بعبد مثلاً وتقابض ثم وجد البائع بالعبد عيباً وأراد رده بالعيب واسترداد الشقص وجاء الشفيع يريد أخذ الشقص ففي الأولى منهما خلاف مر وحكي الامام طريقة أخرى قاطعة بتقديم البائع وفرق بينه وبين ما إذا أراد المشتري رد الشقص بالعيب وزاحمه الشفيع حيث ذكرنا فيه القولين بأن البائع ينشئ الرد على غير محل الشفعة والمشتري ينشئ في غير محل الشفعة ولو عرف عيب العبد بعد أخذ الشقص لم يندفع ملك الشفيع ولم يرد شفيعته كما لو باع ثم اطلع على العيب وعن صاحب التقريب قول أنه يسترد المشتري الشقص من الشفيع ويرد عليه ما أخذه ويسلم الشقص إلى البائع لأن الشفيع نازل منزلة المشتري فرد البائع يتضمن تقض ملكه ولا يتضمن تقض ملك المشتري لو كان في ملكه والمذهب الأول (واذا قلنا) به أخذ البائع قيمة الشقص من المشتري فان كانت مثل قيمة العبد فذاك وان زادت قيمة الشقص على قيمة العبد أو نقصت عنها ففي رجوع من بذل الزيادة من المشتري أو الشفيع على صاحبه وجهان (أظهرهما) أنه لا تراجع بينهما لأن الشفيع قد ملكه بالعوض المبذول فلا يتغير حكمه بعد ذلك كما إذا باعه ثم رد البائع العبد بالعيب (والثاني) ويحكى عن ابن سريج أنه يثبت التراجع بينهما

فمقتضى كلام الرافعى اثبات خلاف فيه أيضاً ولم أره وهو فى غاية البعد وقال الامام انه لم يختلف علماؤنا فيه فلا يقال الوقت وقت بدو الصلاح فتجعل الثمار المبيعة كلها مزهبة هذا الاقائل به وكأنه أوجب للرافعى ذلك اجمال الكلام وعدم افراد كل صورة بالذكر والله أعلم (الصورة السابعة) ان يختلف البستان وتتعدد الصفقة مع اتحاد البواقي وقد تقدم ذكرها فى آخر الصورة الثانية فهذه سبع صور وقبلها صورتان واذا اتحد الجميع واختاف الجنس فتصير تسعاً (واعلم) ان الصور الممكنة من الاختلاف فى ذلك ستة عشر هذه التسع المذكورة وسبع أخرى وهى العاشرة (الاولى) ان يتحد الجميع (الثانية) ان يختلف الجنس (الثالثة) ان يختلف النوع (الرابعة) ان يختلف البستان (الخامسة) ان تختلف الصفقة (السادسة) ان يختلف الملك (السابعة) ان يختلف النوع والبستان وهذه السبع تقدمت (الثامنة) ان يختلف النوع والصفقة فيبيع صاحب البستان نوعاً لم يبد صلاحه منفرداً اعتماداً على بدو الصلاح فى نوع آخر عنده وقد تقدم ان الصحيح عند تعدد الصفقة وحدها عدم التبعية فهنا أولى ولا يبعد ان يجرى فيها خلاف اذا جعلنا النوعين كل نوع الواحد واطلاقهم يقتضى ذلك لكن الفورانى جزم بأنه

لأن قيمة الشقص استمر الحال عليها وقرار الفسخ ينفي أن يأخذها بما قام على المشتري ولو عاد الشقص إلى ملك المشتري بائناً أو غيره لم يتمكن البائع من إجباره على رد الشقص ولا للمشتري من إجباره على القبول ورد القيمة بخلاف ما إذا غرم العبد للغصوب لابقه فرجع لأن ملك الغصوب منه لم يزل وملك المشتري قد زال و بعد الرد على القيمة حكى صاحب التتمة وجهين فى المسألة بناء على الوجهين فيما لو خرج المبيع عن ملك المشتري وعاد ثم اطع البائع على عيب بشئ معين فردده هل يسترد المبيع ولو وجد البائع العيب بالعبد وقد حدث عنه عيب فاخذ الأرض لامتناع الرد نظر إن أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد سليماً فلا رجوع عليه وإن أخذه بقيمته معيباً فى رجوع المشتري على الشفيع الوجهان السابقان فى التراجع لكن الأصح ههنا الرجوع ومال ابن الصباغ إلى القطع به لأن الشقص استقر عليه بالعبد والأرض ووجوب الأرض من مقتضى العقد لاقتضائه سلامة العوض ولهذا إذا أخذه الشفيع بقيمته سليماً لم يرجع على المشتري بشئ ولو رضى البائع ولم يردده الذى يجب على الشفيع فيه وجهان (أحدهما) أن عليه قيمة العبد سليماً ورضا البائع مسامحة منه مع المشتري (والثاني) أن تلزمه قيمته معيباً حتى لو بذل قيمة السليم استرد قيمة السلامة من المشتري لأن الذى يلزم الشفيع قيمة المجهول ثمناً بصفاته وضعف الامام الوجه الاول وغلط من قال به لكنه هو الذى أورده فى التهذيب (الثالثة) للمشتري رد الشقص بالعيب على البائع والشفيع رده على المشتري بالعيوب السابقة على البيع وكذا بالعيوب السابقة على الاخذ ثم لو وجد المشتري العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد فى الحال وليس له الأرض أيضاً

لا يكون حكمه حكم المؤبر وكذلك يقتضيه كلام الغزالي في البسيط وقد تقدم في التأخير بحث في إثبات الخلاف فلا ينظر هناك (التاسعة) ان يختلف النوع والمالك مع اتحاد الصفقة كما اذا باع عن نفسه نوعا وعن موكله نوعا في بستان واحد بدا صلاح أحدهما ولم يبد صلاح الآخر وقلنا ان الصفقة لا تعدد وفرعنا على أن مثل هذا مبيع يصح فهل يصح من غير شرط القطع اعتمادا على ان الصفقة واحدة أولا اعتمادا على تعدد الملك لم أر فيه نقلا (العاشرة) ان يختلف البستان والصفقة فيفرد الشخص من بستان له بيع مالم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح في ذلك النوع من بستان له آخر وقد تقدم (الحادية عشرة) ان يختلف البستان والمالك فيبيع شخص عن نفسه نوعا من بستانه وعن موكله في ذلك النوع من بستان آخر وقد بدا الصلاح في أحدهما دون الآخر وفرعنا على صحة مثل هذا البيع فلم أر في ذلك نقلا (الثانية عشرة) ان تختلف الصفقة والمالك فيبيع مالم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح في ملك غيره من ذلك النوع في ذلك البستان ولم أر فيه نقلا (الثالثة عشرة) أن يتحد النوع مع اختلاف الثلاثة فيفرد نوعا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر من بستان غيره

وكذا أطلقه في الكتاب وهو الصحيح ويحيى فيه الخلاف الذي ذكرناه فيما إذا باعه أو أزال الملك بجهة أخرى فلورد عليه الشفيع بالعيب رده حينئذ على البائع ولو وجد للمشتري عيب الشقص قبل أن يأخذه الشفيع ومنعه عيب حادث من الرد فاسترد أرش العيب القديم حط ذلك عن الشفيع لأنه بدل صفة السلامة التي استحقها الشفيع كما استحقها للمشتري على البائع وان قدر على الرد لكنهما توافقا على الرجوع إلى الأرض ففي صحة المصالحة وجهان مذكوران في موضعهما ان صححناها ففي حطه عن الشفيع وجهان (أحدهما) لا يحط لأنه ينزع من البائع (وأصحهما) الحط لنقرر الثمن على الباقي (وقوله) في الكتاب فهو أولى به في أقيس القولين يمكن أن يعلم - بالواو - للطريقة القاطعة بتقديم البائع (وقوله) لم ينقض ملك الشفيع مع علم به وكذا قوله لم يكن له طلب أرش (وقوله) وهو محطوط عن الشفيع قول واحد كأن الإشارة به إلى هذه الصورة تفارق ما إذا رجع المشتري بالأرض مع إمكان الرد فهي مختلفة فيها قال ﴿ولو اشترى بكف من الدراهم لم يعرف وزنه وحاف على أنه لا يعرف وزنه فلاشفعة (و) اذا اخذ بالمجهول غير ممكن﴾

إذا اشترى بكف من الدراهم لا يعرف وزنه أو بعبارة من الخنطة لا يعلم كيماها فيوزن وتكال ليأخذ الشفيع بذلك القدر فان كان ذلك غائبا فتبرع البائع بإحضاره أو أخبر عنه واعتمد قوله فذلك والا فلا يسأل للشفيع أن يكلفه الإحضار ولا الإخبار عنه وان هلك الثمن وتعذر الوقوف عليه تعذر أخذه بالشفعة فان أنكر الشفيع كون الشراء بما لا يعلم قدره نظر إن عين قدره وقال اشتريته بكذا وقال للمشتري انه لم يكن معلوم القدر

فان صح ما تقدم عن الراعى في افراد أحد البستانين فلا يبعدان يأتى في هذه الصورة أيضاً خلاف والصحيح المنع (الرابعة عشرة) أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة فيبيع نوعاً اعتماداً على بدو الصلاح في نوع آخر من ملك غيره في ذلك البستان ولا يبعد مجيء خلاف فيه والصحيح المنع (الخامسة عشرة) أن تتحد الصفقة مع اختلاف الثلاثة (السادسة عشرة) أن يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة ولم أرفيهما نقلًا ولا يخفى تحريمهما على ما تقدم والله أعلم * والمذهب في جميع هذه الصور عدم التبعية الا فيما اذا اتحد الجميع فيصح بلا خلاف أو اختلف النوع فقط وفي التصحيح خلاف كما تقدم وبقية الصور كلها لا بد من شرط القطع فيما لم يبد صلاحه اما جزماً أو على المذهب والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ النظر في هذه المسائل كلها هل هو لسوء المشاركة أو لتعسر التمييز كلام الجمهور يقتضى الاول ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين الثمار والزرع وان كان كثير من الاصحاب اذا تكلموا بما يذكر البستان والثمار فليس الا على جهة ذكر بعض افراد المسألة وعن صرح بذلك صاحب التتمة قال انه اذا اشتد بعض السنادل كان كالثمار اذا بدا الصلاح في بعضها لكنه فرض ذلك فيما اذا تسبيل جميع الحب والظاهر ان ذلك منه ليس على

فمن ابن سريج أنه لا ينعقد بذلك ولا يخاف على نفي العلم كما لو ادعى الفأ على إنسان فقال في الجواب لست أدري كم لك على فعلى هذا لو أصر على قوله الأول جعل ناكلاً وردت اليمين على الشفيع والمحكى عن النص وأكثر الأصحاب أنه ينعقد منه بذلك ويحلف عليه لأنه محتمل ويخالف ما إذا ادعى عليه الفأ فان المدعى ههنا هو الشفيع لا الثمن المجهول وبتقدير صدق المشتري ليس له الأخذ بالشفعة فكان ذلك إنكاراً لولاية الأخذ وعلى هذا الخلاف لو قال نسيت مقدار الثمن الذى اشتريت به فعلى رأى يجعل قوله نسيت نكولاً وترد اليمين على الشفيع قاله القاضى الرويانى وبه قال ابن سريج وابن أبى هريرة والماوردى والقفال وهو الاختيار * وان لم يعين قدرًا ولا سكن ادعى على المشتري أنه يعلمه وطالبه بالبيان ففيه وجهان (أصحهما) عند صاحب التهذيب أنه لا تسمع دعواه حتى يعين قدرًا فيحلف المشتري حينئذ أنه لا يعرف (والثانى) أنها تسمع ويحلف المشتري على ما يقوله فان نكل حلف الشفيع على علم المشتري وحبس المشتري حتى يبين قدره ويحكى عن ابن سريج وغيره تقريراً على الأول أن طريق الشفيع أن يعين قدرًا فان ساعده للمشتري فذاك والا حلفه على نفيه فان نكل استدل الشفيع بنكوله وحلف على ما عينه اتفاقاً وان حلف المشتري زاد وادعى ثانياً وهكذا يفعل إلى أن ينكل المشتري فيستدل الشفيع بنكوله ويحلف وهذا لأن اليمين قد تستند الى التخمين ألا ترى أن له أن يحلف على خطأ أبيه اذا سكنت نفسه اليه (وقوله) فى الكتاب وحلف أنه لا يعرف وزنه غير محتاج اليه فى الصور فانه لو اقتصر على أن يقول ولو اشتري بكف من الدراهم لا يعرف وزنه فلا شفعة كان صحيحاً وانما

سبيل الاشتراط فانه لو تسبيل بعض الحب واشتد وبعضه الى الآن بقل فقياس المذهب ان يبيع ويحتمل ان يقال يجرى فيه الخلاف فيما اذا اطلع بعد البيع هل يبيع المؤبر حالة البيع * ولو باع البطيخ على اصوله بعد بدو النضج والادراك جاز مطلقا وبشرط التبقية كالثمار حتى لو أدرك بطيخة واحدة من جملة الارض التي زرع فيها البطيخ وباع الجميع جاز ويدخل في العقد كل ماهو موجود من ثمرة ويترك حتى يلتحق الصغار بالكبار قاله صاحب التتمة * ولا يجوز بيع الجزر والفجل والسلق في الارض لاستتاره وجهالته ويخالف الغائب لانه لا يمكن الاطلاع عليه الا بالقلع وذلك عيب فيه قاله في التتمة وغيره وقد تقدم * ويصح بيع التقييط في الارض بشرط القطع ان لم يكن بلغ الحد الذي يقصد تناوله فيه وان بلغه فيجوز مطلقا وبشرط التبقية ويترك حتى تلتحق الصغار بالكبار كالخيار والباذنجان لان ماهو المقصود منه ظاهر وانما المستتر بالارض عروقه وهي غير مقصودة قاله في التتمة * والسلم ان كان للعظم منه ظاهرا فكالقبيط وان كان في الارض فكالفجل والسلق قاله في التتمة ايضا *

﴿ فرع ﴾ اذا باع شيئا من ثمرة البطيخ والقثاء والخيار والباذنجان وما أشبه ذلك منفردا عن

يحتاج الى الحالف إذا فرض نزاع ثم الحالف على نفي العلم انما يكون اذا سمع منه نفي العلم في جواب دعوى الشفيع ويحىء فيه ماسبق من الخلاف *

قال ﴿ ولو خرج ثمن المبيع مستحقا وهو معين معين بطلان (ح) البيع والشفعة * وان خرج ثمن الشفيع مستحقا لزمه الابدال ولم يبطل ملكه ولا شفעתه في أطهر الوجهين * وكذا اذا خرج زيوفا * ﴾

إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشقص المشفوع فاما أن يظهر في ثمن المبيع أو في ثمن الشفيع فان ظهر في ثمن المبيع نظر ان كان معييا بان بطلان البيع واذا بطل البيع سقطت الشفعة وعلى الشفيع رد الشقص إن كان قد أخذه * وعند أبي حنيفة لا يبطل البيع إذا كان الثمن نقداً بناء على أن النقود لا تتعين بالتعيين وان خرج بعضه مستحقا بطل البيع في ذلك القدر وفي الباقي قولاً تفريق الصفة فان فرقناها واختار المشتري الاجازة فللشفيع الأخذ فان اختار الفسخ وأراد الشفيع أخذه ففيه الخلاف المذكور فيما اذا أصدقها شقصاً ثم طلقها قبل الدخول وان كان الثمن في الذمة أي ونقده المشتري ثم خرج المدفوع مستحقاً فعليه الابدال والبيع والشفعة بحالها والبايع استرداد الشقص ليجبسه الى أن يقضي الثمن (فاما) إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشفيع فان كان جاهلا لم يبطل حقه وعليه الابدال ثم حكى الامام وجهين في أنا تبين بم ملك باداء المستحق ويفتقر الآن الى تملك جديد أو نقول إنه ملكه والثمن ديناً عليه وان كان عالماً فوجهان (أحدهما) ان شفעתه تبطل لأنه أخذ بما لا يجوز الأخذ به فكانه ترك الشفعة مع القدرة عليها (والثاني) لا تبطل لانه لم يقصر في الطلب والأخذ والشفعة لا تستحق بمال معين

الأصل نظرت فإن كان قبل بدو الصلاح فيها لم يحز الا بشرط القطع وان كان بعد بدو الصلاح في بعض الجنس جاز بيع جميع ذلك الجنس في ذلك القдах من غير شرط القطع لانه في معنى ثمرة الشجرة فكان حكمه في ذلك حكمها قاله في الاستقصاء *

﴿ فرع ﴾ ولا يجوز في شيء من ذلك أن يبيع ما ظهر من الثمرة أو الورد وما يظهر بعد ذلك في سنه و به قال أبو حنيفة وأحمد وقال مالك يجوز *

﴿ فرع ﴾ لا خلاف انه لا بد من وجود الصلاح في شيء وقول الغزالي اتفقوا على ان وقت بدو الصلاح كاف محمول على ذلك وكذلك المراد في اقامة وقت التأخير مقام التأخير ونهت على ذلك لثلا يتوهم من اعتبار الوقت انه لا يشترط وجود الصلاح بعد حضور وقته ولا قائل به وانما أطلق الغزالي هذه العبارة لان العادة ان الوقت اذا حضر فلا بد ان يوجد في بعض والله أعلم *

حتى تبطل باستحقاقه (والأول) هو المذكور في التهذيب (والثاني) ظاهر كلام الزنى واختاره كثير من الأصحاب ومنهم صاحب الكتاب وهل من فرق بين أن يكون ثمن الشفيع معيناً بأن يقول تملككت الشفيع بهذه الدنانير أو غير معين بأن يقول تملككت بعشرة ففهم من قل لا وقال الشيخ أبو حامد وآخرون نعم وموضع الوجهين ما اذا كان معيناً * وخروج الدنانير نكاحاً كخروجها مستحقة * ولو خرج ثمن للبيع رديئاً فللبائع الخيار بين أن يرضى به وبين أن يستبدل فإن رضى به لم يلزم المشتري الرضا بمثله بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد ذكره في التهذيب * ولو خرج ثمن الشفيع رديئاً لم تبطل شفيعته علماً كان أو جاهلاً لأن أداءه صحيح بدليل ما اذا رضى المشتري به وفيه وجه أن خروجه معيناً كخروجه مستحقاً (وقوله) في الكتاب لم يبطل ملكه ولا شفيعته في أظهر الوجهين * أطلق الكلام في المسألة إطلاقاً ولم يفرق بين أن يكون علماً أو جاهلاً لاختياره الوجه الذي ذهب الى أن حقه لا يبطل وان كان علماً والوجه الذي يقابل على هذا لا يرد انه ان كان علماً بطل وان كان جاهلاً فلا يبطل لا البطلان مطلقاً فانه لا قائل به والخلاف في أن ملكه هل يبطلهما الوجهان اللذان نسبناهما الى حكاية الامام في حالة الجهل ويتردان في حالة العلم إذا قلنا ان حقه لا يبطل لكنه حكم بأن الأظهر أن ملكه لا يبطل وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور سيما في حالة العلم (وقوله) وكذا لو خرج زيوفا ان كان المراد منه النحاس المحض فهو صحيح * وان أراد الذي من ذلك الجنس فالتسوية بينه وبين ما اذا خرج مستحقاً خلاف ظاهر المذهب وقد أجاب في الوسيط بان خروج الثمن زيوفا لا يبطل الملك ولا الشفعة وهذا يقتضى ارادة للمعني الثاني حينئذ يختلف جوابه في السكتاين ويكون الصحيح مافي الوسيط *

﴿ فرع ﴾ إذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدأ الصلاح في أحدهما قال العبدري فإنه لا يكون صلاحا في الآخر ويصح افراد هذا بالبيع دون الآخر لا يختلف المذهب فيه هذا قول العبدري في الكفاية وذكر ذلك بيانا لحكم مثله في النخل فإن كان عنده أن النخل أيضا لا يختلف فيه فهو المشهور الموافق لطريقة العراقيين كما تقدم وإن كان هذا في الزرع بخصوصه فيحتاج إلى فرق والله أعلم * ﴿ فرع ﴾ قد تفهم من كلام بعض الأصحاب أن منهم من قال باعتبار وقت بدو الصلاح أو وقت التأخير وبجعل ذلك بمثابة التأخير نفسه ومعنى ذلك أنه إذا اتحد النوع واختلفت الصفقة أو بالعكس مع حصول التأخير في الجملة أما اعتبار الوقت من غير تأخير أصلا فهذا لم يقل به أحد من أصحابنا وكذلك في بدو الصلاح والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ إذا ابتاع زراعا أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أن الحصاد والجذاذ لأن العادة فيها تركها إلى الحصاد والجذاذ فلم يكلف قطعه قبله كما نقول فيمن اشترى متاعا بالليل أنه لا يكلف قطعه إلا بالنهار فإن احتاجت الثمرة أو الزرع إلى السقي لزم البائع ذلك لأنه يجب عليه تسليمها في حال الجذاذ والحصاد وذلك لا يحصل إلا بالسقي فلهذا ﴾ *

قال ﴿ ولو بنى المشتري في الشقص الذي قاسمه وكيل الشريك في غيبته فإذا حضر فحقه في الشفعة باق له فإنه كان شريكا ولم يسقط هو حق الشفعة وقد بقي له نوع اتصال وهو الجوار * ولكن لا يقلع (ح ز) بناء المشتري مجانا * بل يتخير بأن يبقى بأجرة أو يملك بعوض أو ينقض بارش كالمعير سواء * إلا أنه يبقى زرع ولا يطالبه (و) بالأجرة * والمعير له الأجرة لأن المشتري زرع ملك نفسه فكأنه استوفى منفعته فهو كما لو زرع ملكه وباع ﴾ *

إذا بنى المشتري أو غرس أو زرع في الشقص المشفوع ثم علم الشفيع فله الأخذ بالشفعة وقلع بنائه وغراسه وزرعه مجانا لا بحق الشفعة ولكن لأنه شريك وأحد الشريكين إذا انفرد بهذه التصرفات في الأرض المشتركة كان للآخر أن يقلع مجانا وإن بنى وغرس المشتري في نصيبه بعد القسمة والتمييز ثم علم الشفيع لم يكن له قلع مجانا وبه قال مالك وأحمد خلافا لأبي حنيفة * لنا أنه بنى في ملكه الذي ينفذ تصرفه فيه فلا يقلع مجانا وتعلق حق الشفعة به لا يمكن من القلع مجانا لتعلق حق الرجوع بالأرض المرهونة (واعلم) أن في تصوير المسألة إشكالين (أحدهما) قال المزني المقاسمة تتضمن الرضا من الشفيع وإذا رضى الشفيع بالمسكية المشتري بطلت الشفعة فكيف يفرض ثبوت الشفعة مع جريان القسمة (والثاني) أن القسمة تقطع الشركة وترد العلقة بينهما إلى الجوار وحينئذ وجبت أن لا تبقى الشفعة لاندفاع الضرر الذي كونا ثبت الشفعة لدفعه كما لا تثبت ابتداء للجوار وأجاب الأصحاب عن الأول بصور

﴿ الشرح ﴾ اتفق الاصحاب على انه يجب على البائع التخلية الى أوان الحصاد في الزرع والجداذ في الثمرة والخفاف في هذه المسألة أبو حنيفة رضي الله عنه لانه يقول بيع الثمرة مطلقا ينزل على القطع ويجب قطعها في الحال وقد تقدم الكلام معه قريبا فاغني عن اعادته وبيننا أيضا فيما تقدم ما يعتبر من العادة وما لا يعتبر من العادة ومن جملة ما تمسكوا به مما يحسن ذكره هنا ان موجب الشرع تفرغ ملك البائع وأجاب أصحابنا بان أصل التفريغ مقول به وكيفيته تتلقى من العرف بدليل ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى من أن من اشترى طعاما أو متاعا بالليل لا يكلف نقله الا في النهار وأما السقي فجمهور جماعات الاصحاب أوجبوا على البائع وجعلوه من تمام التسليم وقطع بذلك جماعات وقال القاضي حسين فيه وجهان (أحدهما) على المشتري لأن الثمرة له (والثاني) على البائع لأنه متصل بملكه قال ويمكن ان يقال فيه وجهان بناء على ما لواصلتها جائحة بعد التسليم (ان قلنا) يتلف من ضمان المشتري فالسقي عليه وان قلنا من ضمان البائع فالسقي عليه (قلت) وكذلك الشماش في الحلية حكى الوجهين في وجوب السقي على البائع وجعل أصلهما القولين في وضع الجوائح لكن المذهب الجديد انها من ضمان المشتري

واضحة القسمة مع بقاء الشفعة في صور (منها) أن يخبر بأن البيع جري بألف فيعفو أو يقاسم أرباب الشقص أو انتقل اليه بالهبة فيقاسم ويبني ثم يتبين أن البيع كان بمادون الألف وأن الانتقال كان بالعوض فتصح القسمة وتثبت الشفعة (ومنها) أن يقاسم الشفيع المشتري على ظن أنه وكيل إما لأخباره عنه أو لسبب آخر (ومنها) أن يكون الشفيع وكيل بالقسمة مع شركائه والمشتريين منهم فيقاسم الوكيل المشتري والشفيع غير عالم (ومنها) أن يكون له وكيل بالقسمة وفي أخذ الأشخاص بالشفعة فيرى في شقص الحظ في الترك فيتركه فيقاسمه ثم يقدم الشفيع ويظهر له بأن الحظ في الأخذ وكذلك ولي اليتيم (ومنها) أن يكون الشفيع غائبا فيطالب المشتري الحاكم بالقسمة وللإمام في إجابة القاضي إياه وقفة إذا علم ثبوت الشفعة والمشهور الاجابة (وأما الثاني) فاجيب عنه بأن الجواروان لم يكن يكتفي به في الابتداء إلا أنه اكتفي به في الدوام عند حصول الشركة في الابتداء ولم يخرج على الخلاف في بطلان الشفعة فيما إذا باع نصيبه جاهلا بالشفعة لأن الجوار على حال ضرب اتصال قد يؤدي إلى التأذي بضيق المرافق وسوء الجوار ولذلك اختلف العلماء في ثبوت الشفعة (وقوله) في الكتاب في الشقص الذي قاسمه وكيل الشريك إشارة إلى حل الاشكال الأول وبيان بعض طرق صحة القسمة مع بقاء الشفعة (وقوله) فانه كان شريكا إلى آخره إشارة إلى حل الثاني * إذا تقرر ذلك فان اختار المشتري قلع البناء أو الفراس فله ذلك ولا يكلف تسوية الارض لانه كان متصرفا في ملكه فان حدث في الارض نقص فالشفيع إما أن يأخذه على صفته واما أن يترك فان لم يختار المشتري القلع فالشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الارض بأجرة وبين

والمذهب ان السقى على البائع وهو من جملة ما يستدل به للقديم كما ستقف عليه ان شاء الله تعالى وقد أطلق الأصحاب وجوب السقى فينبغى ان يكون ذلك اذا باعها مطلقاً أو بشرط التبقية (أما) اذا باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا ويؤيد ذلك انهم في وضع الجوائح حكوا طريقة قاطعة عن القفال فيما اذا باعها بشرط القطع انها من ضمان المشتري قالوا اذا لا يجب السقى على البائع هنا فالاستدلال بهذا وعدم رده يدل على انه محل وفاق لكن لنا طريقة أخرى هناك قاطعة بانها من ضمان البائع وطريقة وهى الاظهر عند الرافعى انها على القولين فيحتمل ان يكون أصحاب هاتين الطريقتين يوجبون السقى أيضاً وهو بعيد لانه لم يلزم له الابقاء فينبغى ان تكون صورة شرط القطع مستثناة من وجوب السقى ويتعين القطع بهذا لانه له المطالبة بالقطع فكيف نوجب عليه السقى الا ان يقال انه يجب عليه السقى في مدة طلب القطع اذا خيف من تركه الفساد لأنه من تمة التسليم وهذا بعيد أيضاً كالمواشترى حيواناً ولم يقبضه لا يجب على البائع في مدة طلبه بالتسليم القيام به ولا يجب على البائع نصب الناطور كما سيأتى التنبيه عليه في مسألة وضع الجوائح *

﴿ فرع ﴾ الى متى ينتهى الزمان الذى يجب فيه السقى يحى من مقتضى كلام القاضى حسين والامام وغيرهما على ما سنحكيه في مسألة وضع الجوائح ثلاثة أوجه (أصحها) انه الى أوان الجذاذ (والثانى) يتأخر بعد ذلك زماناً لا ينسب المشتري فيه الى توان بترك الثمار على الاشجار (والثالث) بنفس الجذاذ وهذا لم يصرحوا به فى السقى ولم يذكره الامام وإنما ذكره القاضى حسين فى وضع الجوائح وسيأتى ذلك مبيناً هناك *

تملكه بقيمته يوم الاخذ وبين أن ينتفضه ويغرم أرش النقص على الوجه الذى تقرر فى المعير إذا رجع وقد بني المستعير فى الارض أو غرس بلا فرق ولو كان قد زرع فيبقى زرعه الى أن يدرك فيحصد وقياس التسوية فى فصل البناء وما نحن فيه وبين العارية أن يحىء الخلاف المذكور هناك فى زرع الارض المستعارة (والظاهر) فى الموضعين أنه يبقى الزرع وهل للشفيع أن يطالبه بالاجرة عن صاحب التقريب أن له المطالبة كما أن المعير يبقى بالاجرة على الظاهر (والمشهور) أنه لا مطالبة للشفيع بالاجرة بخلاف المعير فان المستعير زرع أرض المعير والمشتري زرع ملك نفسه واستوفي منفعته بالزراعة وهذا كما لو باع أرضاً مزروعة لا يطالبه المشتري بالاجرة لمدة بقاء الزرع (وقوله) فى الكتاب ولكن لا يقلع بناء المشتري مجاناً معلوم - بالحاء - لما مر - وبالزاي - لأن المبنى يوافقه (وقوله) إنه يبقى زرعه هذا الاستثناء يتعلق بالتسوية بين الشفيع والمعير كأنه قال والشفيع كالمعير إلا أنه يبقى زرع المشتري بلا اجرة والمعير يبقى بالاجرة (واعلم) أن فى الصور الثلاث منها صورة بيع الارض للزروعة وصورة

﴿ فرع ﴾ لو شرط السقي على المشتري بطل البيع لان السقي مجهول نص عليه الشافعي والاصحاب وعلاه بعضهم بان السقي مجهول وعن القاضي أبي حامد انه ولو كان معلوماً بطلناه أيضاً من قبل انه بيع واجارة في أولى قولييه (قلت) وهذه علة الشافعي رحمه الله تعالى قل الخوارزمي والجذاذ على المشتري على الاصح (قلت) وما أشار اليه من الخلاف يمكن بناؤه على الخلاف الذي سنذكره في نهاية وضع الجوانح هل هو بوقت الجذاذ أو بنفس الجذاذ (ان قلنا) بالاول فعلى المشتري (وان قلنا) بالثاني فعلى البائع لأنها لاتصير مسلمة الابيه *

﴿ فرع ﴾ قال الشيخ أبو محمد في السلسلة اذا اشترى ثمرة على رؤس الشجر بعد بدو الصلاح فتركها عليها الى أوان الجذاذ فانقطع ماء الوادي فان ضرب الثمرة بالشجرة لم يجبر صاحب الشجرة على ترك الثمرة عليها وان لم يكن على الاشجار ضرر في التبقية ولا للثمار نفع في التبقية ولا ضرر على الثمار بالقطع ولو تركت على الاشجار لم تزد على حالها ولو قطعت لم ينقص القطع شيئاً من قيمتها فطالب البائع المشتري بقطعها فهل يجبر على القطع فعلى قولين بنسبتيان على ما اذا أسلم في شيء الى أجل معلوم فجاء به قبل المحل وليس في قبضه مزية فهل يجبر على قبوله فعلى قولين (فان قلنا) لا يجبر على القبول فلا يجبر المشتري على قطع الثمرة هنا ولا فيجبر وهذا محمول على ما اذا حصلت هذه الحالة قبل أوان الجذاذ وعلى ما اذا علم عدم عود الماء وعدم الانتفاع بالماء (اما) اذا توقع النفع فلا يجبر المثلث - ترى على القطع ومن

العارية وما نحن فيه وجهين في وجوب الاجرة وقد ذكرنا الخلاف في الصورتين في موضعهما لكن الظاهر من الخلاف في صورة العارية وجوب الاجرة وفي الصورتين الأخيرتين المنع للعيني الذي يجمعهما وهو أنه استوفى منفعة ملكه هذا ما ذكره عامة الاصحاب وصاحب الكتاب ناقض في مسألة بيع الأرض للمزروعة والذي ذكره ههنا جواب على أنه لا تجب الاجرة وذكر في اللفظ الاول من القسم الثالث من النظر الرابع من كتاب البيع أن الاظهر وجوبها *

﴿ فرع ﴾ ذكرنا أنه إذا زرع لزماً الشفيع إبقاء الزرع وحينئذ يجوز له تأخير الشفعة إلى الادراك والحصاد لانه لا ينتفع به قبل ذلك ويخرج الثمن من يده قال الامام ويحتمل أنه لا يجوز له التأخير وان تأخرت المنفعة كما لو بيعت الأرض في الشتاء لا يؤخر الشفعة إلى أوان الانتفاع ولو كان في الشقص أشجار عليها ثمار لاتستحق بالشفعة في جواز التأخير الى القطاف وجهان والفرق أن الثمار لاتمنع من الانتفاع بالمأخوذ بخلاف الزرع *

قال ﴿ ولو تصرف المشتري بوقف أو هبة تقض (و) * وان كان يبيع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالبيع الاول فينقضه (و) * أو بالثاني ﴾ *

هنا أيضاً نأخذ ان مجرد انقطاع من غير حصول عيب ولا ضرر لا يثبت خياراً للمشتري وان ماسياتي من كلام الصيدلاني في ذلك محمول على ما اذا كان الانقطاع يحصل به ضرر وقد تقدم من كلام الامام فيما اذا باع أصلاً وعليه ثمرة للبائع *

﴿ فرع ﴾ قريب من هذا فيما اذا أصابت الثمار آفة بحيث لا تنمو أو لا فائدة في تبقيتها هل للبائع تبقيتها *

﴿ فرع ﴾ باع الجمد في الجمد وكان طوله وعرضه وعمقه معلوماً صح ويسلم بحسب الامكان وفيه وجه انه يلزمه تسليمه على العادة بأخذ الجمد منه كل يوم وقرأ أو قرين أو ثلاثة قل القاضي حسين (والصحيح) الاول وقاسه على الدار والسفينة المشحونتين وقال الخوارزمي (الاصح) عندى انه لا يجب تفرغها في الحال بل على مر الايام على عادة تفرغ المجامد فعلى ما قاله القاضي حسين قد يورد هذا الفرع اعتراضاً على كلام المصنف قال القاضي وكذلك من اشترى حمل حطب فانه يجب تسليمه في موضع البيع ولا يلزمه حمله الى بيته وان كانت العادة قد تقضى بذلك *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ واذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى اثالث عليها حنطة أخرى ففيه قولان (أحدهما) يفسخ البيع وهو الصحيح لانه تعذر التسليم المستحق بالعقد فان البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله فان رضى البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله واذا تعذر تسليم العقود عليه بطل العقد كما لو تاف المبيع (والثاني) لا يفسخ لان المبيع باق وانما انضاف اليه زيادة فصار كما لو باع عبداً فسن أو شجرة فكبرت فان قلنا لا يفسخ قلنا للبائع ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح ففسخ العقد ﴾ *

تصرفات المشتري في الشقص من البيع والوقف وغيرها صحيحة لانها واقعة في ملكه وثبوت حق التملك للشفيع لا يمنع المشتري من التصرف كما أن حق التملك للواهب بالرجوع لا يمنع تصرف المتهب وكما أن حق التملك للزوج بالطلاق لا يمنع تصرف الزوجة وفي التهمة وجه غريب عن ابن سريج أنها باطلة لان الشفيع حقاً لا سبيل الى إبطاله فاشبهه حق الرهن (واذا قلنا) بالشفعة فظاهر المذهب وهو المذكور في الكتاب ونصه في القديم أنه ينظر إن كان التصرف مما لا تثبت فيه الشفعة كالوقف والهبة فللشفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعة وان كان مما تثبت فيه الشفعة كالبيع والاصداق فهو بالخيار بين أن ينقض تصرفه ويأخذ به الشقص بالبيع الاول فر بما يكون الثمن فيه أقل أو من جنس هو عليه أسرو بين أن لا ينقض تصرفه به ويأخذ وعن أبي إسحق الروزي أنه ليس تصرف المشتري بأقل من بناءه فكما لا ينقض

﴿ الشرح ﴾ هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار وألحق به ما في معناه من اختلاط المبيع بغيره وذلك على مراتب (المرتبة الاولى) وعليها اقتضرت في هذه القطعة من كلام المصنف ان تكون الثمرة مبيعة فاختلط بغيرها وذلك اما فيما يحمل حمائز واما فيما يحمل حملا واحدا وكان قد اشترى ما ظهر منها اما بعد بدو الصلاح مطلقا أو قبله بشرط القطع ولم يتفق القطع ثم حدثت ثمرة أخرى فان الثمرة الحادثة لصاحب الاصل فاذا كان ذلك قبل ان يلقط المشتري ثمره واختلطت الحادثة بالثمره المبيعة فان كانت تتميز بالكبر والصغر أو نحوها فان المشتري المقدمة والبايع الحادثة نص عليه الشافعي والاصحاب رضى الله عنهم من العراقيين والخراسانيين * وان لم تتميز أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى وكانت كل واحدة منهما غير معلومة القدر أو ما شبه ذلك ففيه قولان اتفقت الطرق على حكايتهما (أحدهما) ينسخ البيع لما ذكره المصنف والمراد بالتسليم المستحق ما يجبر البائع عليه واما التسليم في ضمن الجميع فلا يجبر البائع عليه ولو سمح به لا يجبر المشتري على قبولها كما لا يجبر على قبض ما اشتراه وعين أخرى واذا ثبت ان المشتري لا يجبر للمبتاع على القبض نقول البيع باطل وهذا القول منقول عن نصه في الام والاملاء على مسائل مالك رحمه الله فلو قال البائع انما اسمح بحقي فلا أثر لذلك على هذا القول والقول (الثاني) نقله الربيع وهو اختيار المزني انه لا ينسخ وقال الغزالي والرافعي في الحرر انه الاظهر وكذلك الجرجاني لما ذكره المصنف ولان الاختلاط بمنزلة العيب فاذا سمح البائع بتسليمه كان كزوال العيب فيسقط خيار المشتري قال هؤلاء والتسليم غير متعذر فانه يقبضه أو كل ما كان كما لو أسلم في طعام جيد فاعطى أجود مما ذكره وارد أنه ومع ذلك يجب على المسلم قبوله وانما لا يجب التسليم في العين المضمومة الى المبيع اذا كانت متميزة يمكن التسليم على الانفراد وقد قال المصنف رحمه الله ان الصحيح

الشفيع بناء لا ينبغي أن ينقض تصرفه واختلفوا في موضع هذا الوجه منهم من خدعه بما ثبتت فيه الشفعة من التصرفات (أما) مالا ثبتت فيه فله نقضه لتعذر الاخذ به ومنهم من ععم وقال تصرفات المشتري تبطل حق الشفيع كما يبطل تصرف المشتري للفلاس في حق النسخ للبائع وتصرف المرأة حق الرجوع الى العين اذا طلق قبل الدخول وتصرف المتهب رجوع الواهب نعم لو كان التصرف بيما أو غيره بما ثبتت فيه الشفعة تجدد حق الشفعة بذلك وعن رواية الشيخ أبي علي عن أبي اسحق أنها لا تجدد أيضاً لان تصرف المشتري اذا كان مبطلا للشفعة لا يكون مثبتاً لها كما اذا تحرم بالصلاة ثم شك في نية وتكبيراً لا تنعقد بها الصلاة لانه يحصل بها الحل فلا يحصل العقد ووجه ظاهر المذهب وهو أن للشفيع نقض تصرف المشتري لان حقه ثابت بأصل العقد فلا يمكن المشتري من ابطاله ولا يشبه تصرف الفلاس وتصرف المرأة في الصداق فان حق البائع والزوج لا يبطل بالكلية بل ينتقل الى

الاول وكذلك قال القاضي أبو الطيب والشاشي وابن أبي عصرون وعن صاحب التقریب حكاية قول ثالث ان العقد لا يفسخ ولا خيار ويجعل الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده واستبعده الامام وحكاة الجوزي عن أبي سلمة والمروزي وحكي الروياني طريقة انه في مسألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع قولاً واحداً لان الشافعي جعلها دليل أحد القولين في اختلاط الثمار قال وهذا أوضح (واعلم) ان ما ذكره في تعليل كل من القولين يقتضي ان التسليم لم يوجد ومن المعلوم أن القبض في الثمار بالتخلية لكن وان قلنا قبضها بالتخلية فليس ذلك بقبض تام فان البائع يجب عليه سقيها على المشهور من المذهب فالتسليم التام انما هو حين الجذاذ وشبه جماعة من الاصحاب رضى البائع بترك حقه بالاعراض عن النعل فيما اذا اشترى دابة ونعلها ثم اطلع على عيب قال الامام ومسألة النعل ليست خالية عن خلاف وهذه التي نحن فيها أولى بالخلاف من تلك فان الزام المشتري بطوق منه البائع فيه بعد وفي هبة المجهول غوائل فالمسألة اذا مختلف فيها فان اجبرنا المشتري سقط خياره والا فهو على تخيره وقد حكى الروياني فيما اذا انسالت حنطة على الحنطة المبيعة وسلم البائع الكل الى المشتري وجهين في اجبار المشتري على القبول وفيه تصريح بمساعدة الامام لكنه لم يحك خلافاً في مسألة الثمرة مع حكايته الوجهين في الاجبار في مسألة الحنطة قال انه لا خيار للمشتري وهذا كلام متيح والصواب انما اذا لم يجبر للمشتري على القبول فخير له باق وانه لا فرق في ذلك بين الثمار والحنطة وقد صرح الامام في باب الخراج بالضممان بالوجهين في الاجبار في هبة الضمان وقال ان الأقيس عدم الاجبار على القبول وحكي الرافعي رحمه الله تعالى الوجهين هنا وقال ان الأصح سقوط خيار للمشتري كما في مسألة النعل وقول المصنف في الثمرة فلم يأخذ وفي الحنطة فلم يقبض له معنى انبه عليه عن قرب وقوله حتى اشالت عليها

الثنى أو القيمة والواهب رضى بسقوط حقه حيث سلمه اليه وسلطه عليه وههنا يبطل حق الشفيع بالكلية ولم يوجد منه رضى ولا تسليم قال الشيخ أبو علي ويجوز أن ينبنى الوجهان على القولين فيما إذا عتقت الأمة تحت عبد وطلقها قبل أن تختار الفسخ هل ينفذ الطلاق ووجه الشبه أن الطلاق يبطل حقها في الفسخ ولم تساط عاياه كما ذكرنا وحكي القاضي أبو الطيب عن القاضي الماسرخسي أنه لا ينتقض تصرف الوقف وينقض ما عداه *

قال ولو تنازع المشتري والشفيع في العفو فالقول قول الشفيع * أو في قدر الثمن فالقول قول المشتري * أو في كون الشفيع شريكاً فالقول قول المشتري يحلف أنه لا يعرف له شريكاً * فان أنكر المشتري الشراء فان كان للشفيع بينة أخذ الشقص وترك الثمن في يده على رأى (و) إلى أن يقر * أو يحفظه القاضي في وجهه * أو يجبر المشتري على قبوله في وجهه * وان لم يكن له بينة فان أقر البائع

حنطة أخرى هو باطلاقة شامل لما اذا كانا معلومي القدر اولا لكن صورة المسألة فيما اذا لم يكونا معلومي القدر على ماسياتي التنبيه عليه في فرع عن الماوردي وقول المصنف رحمه الله تعالى (فان قلنا) لا يفسخ قلنا للبائع ان سمحت بحقك أقرى العقد وأجبرنا المشتري على القبول كذلك صرح به الاصحاب الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرها وقد تقدم عن الامام مافيه (وقوله) وان لم يسمح البائع فسخ العقد أي يفسخه الحاكم بينهما كذلك صرح به الاصحاب منهم الماوردي والقاضي أبو الطيب ولا يقال للمشتري ههنا انكر تسليم المبيع والتمن جميعا الى البائع لثلايفوز البائع بالعوض والمعوض وما ذكره المصنف من انفسخ عند امتناع البائع كالمثقف عليه ين الاصحاب على هذا القول وفي تعليق القاضي حسين أنه يفصل الخصومة بينهما بالتداعي وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التقريب *
﴿ فرع ﴾ لو ائثال على الحنطة المبيعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح وهما مالان اختلطا فان اصطالحا على شيء كان القول قول من الشيء في يده في قدر مال صاحبه قال أبو اسحق وصورته أن يكون المشتري ترك الطعام وديعة عنده فاخطأ وأما في مسألة الثمرة فالقولان جاريان سواء اختلطت الحادثة بالخارجة بعد القبض بالتخلية أم قبله وقال المزي رحمه الله تعالى انما القولان في المسألتين قبل القبض فان كان بعد القبض فالبيع صحيح فيهما قولوا واحدا وغلطه الشيخ أبو حامد وفرق هو والاصحاب بأن الطعام اذا قبض استقر العقد والثمره ان قلنا بالقول الجديد انها من ضمانه فان كمال القبض فيها على البائع بدليل ان عليه السقي وبدليل انها لو عطشت كان للمشتري الخيار (قلت) ولهذا المعنى قال المصنف في الثمرة فلم يأخذ وفي الحنطة فلم يقبض فلم يأت في الثمرة بلفظ القبض بل بلفظ الاخذ والمراد به أخذها من على الشجرة واما القبض فمتقدم على ذلك

بالباع دون قبض الثمن سلم الثمن اليه وأخذ (و) بالشفعة فالخو لا يعدوها * وان قال قبضت الثمن فيقرر الثمن في يده أو يحفظه القاضي * وقال لاشفعة ههنا لتعذر الاخذ بلا ثمن *
غرض الفصل في الاختلاف وفيه مسائل (إحداها) إذا اختلف المشتري والشفيع فقال المشتري للشفيع عفوت عن الشفعة أو قصرت وسقط حقك وأنكر الشفيع فالقول قوله لأن الأصل بقاء حقه (الثانية) قال المشتري اشتريت بألف وقال الشفيع بل بخمسمائة فالقول قول المشتري لأنه أعلم بالعقد الذي باشره من الشفيع ولأن الأصل بقاء ما سكه حتى ينتزع فيما يقر باستحقاق الانتزاع منه وكذلك لو كان الثمن عرضاً وتلف واختلفا في قيمته فان نكل المشتري حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه وهذا إذا لم تكن بينة فان كان لأحدهما بينة قفى بها ولا تقبل شهادة البائع للمشتري لانه يشهد لحق نفسه وفعل نفسه وفيه وجه أنها تقبل لانه لا يجر إلى نفسه نفعاً بشهادته والثمن ثابت له باقرار المشتري

وان اختلطت الثمار بعد الجذاذ أوفى الجرين أو غيره لم ينفسخ قولاً واحداً وإنما القولان بعد التخلية لأن القبض لم يستقر ألا ترى أن الثمرة إذا عطشت ولم يتمكن البائع من السقي كان للمشتري ردها بالعيب قاله القاضي أبو الطيب وغيره وهذا منهم بناء على الصحيح المشهور أنه يجب على البائع السقي وقد حكى القاضي حسين رحمه الله فيه وجهين وبنائها على أن الحاجة من ضمان البائع أو من ضمان المشتري وهو غريب في النقل ومثله في الغرابة ما ارتضاه الامام والغزالي من أن الاختلاط في الثمار بعد التخلية مبني على وضع الجوائح (فان قلنا) توضع كان كما قبل القبض والا فيتفصلان بالخصومة أو الاصطلاح فعلى ذلك لا يأتي علي الجديد إلا أن البيع صحيح قولاً واحداً كما ذهب إليه المزني وهو خلاف ما أطاق عليه العراقيون فقد تلخص في اختلاط الثمار أنه إن كان قبل التخلية جرى القولان باتفاق الطرق وقياس الطريقة التي قالها الروائي في الحنطة إن يقال هنا أنه يبطل قولاً واحداً وإن كان بعد الجذاذ فالبيع صحيح قطعاً وإن كان بعد التخلية وقبل الأخذ فالمشهور وهو طريقة العراقيين جريان القولين كما قبل التخلية واختار المزني والامام والغزالي علي الجديد أنه كما بعد الجذاذ فالمنصف حينئذ جرى علي طريقة العراقيين وهي الصحيحة ومن اختارها القاضي حسين من الخراسانيين وقد أغرب المتولي فحكى في كتاب الرهن أنه لا فرق في جريان القولين في مسألة الحنطة بين ما قبل القبض وبعده وهذا ضعيف جداً ويلزمه طرد ذلك في الثمار بعد الجذاذ *
﴿ فرع ﴾ لو باع الحنطة منه مكايلة وسلمها إليه جزافاً ثم اختلطت بحنطة للبائع قال القاضي حسين يخرج على القولين ﴿ فائدة ﴾ إذا انتهى الأمر إلى الخصومة وقبول قول ذي اليد قال الامام سيبله في الخصومة أن لا يتعرض للبيع فانه إذا ادعي بيعاً في الصاعين فسينكره البائع ثم يرجع الكلام إلى اختلاف المتبايعين في قدر المبيع *

ولو شهد للشفع فيخرج من كلام النقلة ثلاثة أوجه (أحدها) المنع لأنه شهد على نفسه حيث يقول بعث بكذا وهذا ما أجاب به العراقيون (والثاني) القبول لأنه ينقض حقه وهذا أمسح عند صاحب التهذيب (والثالث) أنه إن شهد قبل قبض الثمن قبلت شهادته لأنه ينقض حقه إذ لا يأخذ أكثر مما شهد به وإن شهد بعده لم تقبل لأنه يجرى إلى نفسه فعلاً من حيث إنه إذا قبل الثمن قبل ما يغرمه عند ظهور الاستحقاق وإن أقام كل واحد منهما بينة علي ما يقوله فعن الشيخ أبي حامد أن بينة المشتري أولى كما أن بينة الداخل أولى من بينة الخارج (والاصح) ويحكى عن القاضي أبي حامد أنهما يتعارضان لأن النزاع ههنا فيما وقع عليه العقد ولا دلالة ليد عليه وعلى هذا فالاستعمال ههنا إما أن قلنا بالنساقط فكما لو لم تكن بينة وإن استعملناها ههنا إما بالقرعة وإما بالتوقف ولو اختلف البائع والمشتري

﴿ فرع ﴾ اليد في الثمار بعد النخلة وقبل القطاف للبائع أو المشتري أولها ثلاثة أوجه نقلها الامام قال ابن أبي الدم ومقتضاه أنا متى جعلنا الثمار في يد واحد فالقول قوله (وان قلنا) إنها في يدها فلم يذكر الامام ولا الغزالي ما يقتضيه هذا الوجه ومقتضاه أن يقسم القدر المتنازع بينهما نصفين ولكل منهما تحليف صاحبه وفي كفيته وجهان كالوجهين في عين في يد رجلين كل منهما يدعى جميعها (أحدها) يحلف علي استحقاقه النصف الذي يسلم اليه (والثاني) على استحقاقه الكل والاول اصح وهذه المسألة مذكورة في دعاوى *

﴿ فرع ﴾ قد تقدم حكاية الخلاف في التصحيح في هذه المسألة وان الغزالي والرافعي قالا إن الأظهر عدم الانفساخ وفيه نظر لأنهما يوافقان على أنه لو باع الثمرة التي يغلب تلاحقها ان البيع لا يصح فان كان التلاحق الطارئ غير مانع من التسليم بل هو عيب فينبغي أن لا يبطل في صورة العلم بطريانه وان كان مانعا من التسليم فينبغي إذا طرأ قبل القبض ينفسخ العقد كتلاف المبيع *

﴿ فرع ﴾ قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع إن سمحت بحقك أقر العقد كما قال المصنف وهكذا هو في مختصر اللزني وقال إن البائع بالخيار والغزالي والرافعي لم يذكر ذلك وإنما قالا إنه يثبت للمشتري الخيار قال الرافعي فان قال البائع اسمح في سقوط خيار المشتري وجهان والمفهوم من إثبات الخيار للمشتري أنه اذا لم يسمح البائع فالمشتري يفسخ وقد قدمت عن أبي الطيب وغيره أن الفاسخ هو الحاكم وأيضا قياس قول الرافعي ان ذلك من باب العيوب فيكون على الفور الا أن

في قدر الثمن فان ثبت قول المشتري فذاك وان ثبت قول البائع بالبينة أو باليمين المردودة فعلى المشتري ما ادعاه البائع والشفيع يأخذ بما ادعاه المشتري لاعترافه بأن البيع جرى بذلك والبائع ظالم بالزيادة فتقبل شهادة الشفيع للبائع ولا تقبل للمشتري لانه متهم في تقليل الثمن وان لم تكن بينة وتحالفا وفسخ البيع بينهما أو انفسخ فان جرى ذلك بعد ما أخذ الشفيع الشقص أقر في يده وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع وان جرى قبل الاخذ ففي سقوط حقه الخلاف المذكور فيما اذا خرج معيباً (فان قلنا) لا تسقط أخذه بما حلف عليه البائع لانه اعترف باستحقاق الشفيع الاخذ بذلك الثمن فلا يبطل حقه ببطالان حق المشتري بالتحالف بل يأخذه منه وتكون عهده عليه وتكلموا في أنه لو لم يتحالف المشتري والشفيع تحالف البائع والمشتري وفرقوا بينهما من ثلاثة أوجه (أحدها) أن كل واحد من البائع والمشتري يدعى ويدعى عليه شيء فحلف كل واحد منهما من حيث هو مدعى وليس كذلك الشفيع والمشتري بل الشفيع مدع محض والمشتري مدعى عليه محض فاختص بالتحليف (والثاني) أن البائع والمشتري كلاهما

يسقطه البائع بترك حقه فلو لم يفعل وأخر المشد ترى الفسخ سقط حقه وهو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب ﴿ فائدة ﴾ قال الامام ولو اعترفا والاختلاط بعد القبض بالالتباس ورضيا بأن لا يفسخ العقد رجع الكلام الى الوقف والاصطلاح فقوله ورضيا بأن لا يفسخ العقد لا حاجة اليه لأنه ان كان بعد القبض التام فلا خيار ولا يفسخ وان كان بعد القبض بالتخلية فعنده كذلك وانما يأتي هذا الكلام عند الاصحاب على أحد القولين بعد التخلية اذا قلنا بعدم الانقاسخ فحينئذا رضا بأن لا يفسخ العقد يرجع الامر الى الاصطلاح كما بعد القبض *

﴿ فرع ﴾ هكذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره اذا بلغ نهايته لم يخرج الى شرط القطع ولو كان البعض صفارا والبعض كبارا فانه يترك حتى يتلاحق فان كان الكل صفارا لم يجز الا بشرط القطع فلو باع في الحالتين ثم ظهر شئ آخر واختلط بالمبيع جرى القولان وكذلك الخرب وهو البطيخ وهكذا القثاء والخيار وكل ماله حمل بعد حمل علي ما ذكره المزي والاصحاب فلو كان المبيع شجر الباذنجان فسيأتي في الفصل الذي بعد هذا *

مباشر للعقد والاحتمال في قولهم علي السواء وههنا الشفيع أجنبي عن العقد فكان تصديق المباشر أولى (والثالث) قال أبو اسحق كل واحد من البائع والمشتري يرجع الى شئ بعد التحالف هذا الى المبيع وذلك الى الثمن (وأما) الشفيع والمشتري لو تحالفا لم يرجع الشفيع الى شئ فلا فائدة في تحليفه (الثالثة) لو أنكر المشتري كون الطالب شريكا فالقول قوله مع يمينه وانما يحلف علي نفى العلم بشركته لا على نفى شركته فان نكل حاف الطالب علي البت وأخذ بالشفعة وكذلك الحكم لو أنكر تقدم ملك الطالب علي ملكه (الرابعة) إذا كانا شريكين في عقار فغاب أحدهما ورأينا نصيبه في يد ثالث فادعي الحاضر عليه أدك اشتريته ولي فيه حق الشفعة فلا يخلو إما أن يكون للمدعي بينة على دعواه أو لا يكون (القسم الأول) أن تكون له بينة فيقضى بها ويأخذه بالشفعة ثم إن اعترف المدعي عليه سلم الثمن اليه والا فترك في يد المدعي إلى أن يقر المدعي عليه أو يأخذه عنه القاضى ويحفظه أو يجبر علي قبوله أو البراء فيه ثلاثة أوجه مذكورة في باب الاقرار وغيره ولو أقام المدعي بينة وجاء المدعي عليه بينة على أنه ورثه أو التهبه فالبينتان متعارضتان وان جاء بينة على أن ذلك الغائب أودعه إياه أو أعاره فان لم يكن للبينتين تاريخ للايداع فلا منافاة فيقضى بالشفعة لأنه ربما أودعه ثم باعه وان سبق تاريخ البيع فلا منافاة أيضاً لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رده بلفظ الايداع فاعتمده الشهود قال الشيخ أبو حامد ولا احتمال أنه تعذر على المشتري تسليم الثمن فقال له البائع أودعتك ما في يدي من هذا العقار إلى أنت تسلم الثمن نعم لو انقطع الاحتمال بأن كان تاريخ الايداع لاحقاً وذكر الشهود أنه أودعه وهو ملكه فههنا يراجع الشريك القديم فان قال إنه

(فرع) فيه تأنيبه على تقييد كلام المصنف * لاختلاط الطعام المبيع بغيره قبل القبض وكان أحدهما معلوم القدر وذلك باحد ثلاثة أوجه (اما) ان يكون كلامهما معلوم الكيل (واما) ان يكون المبيع منهما معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع (واما) ان يكون غير المبيع معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس بمبيع قدر المبيع . فاذا كان المبيع معلوم القدر باحد هذه الوجوه الثلاثة فقد صار مختلط العين متميز القدر وتميز القدر يمنع من الجهل وهو أقوى انقصودين فصح البيع واختلاط العين . غير لصفة مع تفاوت الاجزاء فصار عيبا يوجب الخيار فوجب ان يكون البيع جائزا وله المشتري الخيار فان فسخ رجع بالثمن وان اقام صار شرى كاللبيع على قدر الحصتين * وان كان الطعمان متماثلين القيمة تقاسما كيلا وان كان مختلف القيمة بيع وكنا شريكين في ثمنه على قدر قيمة الطعامين الا ان يتراضيا بقسمة ذلك كيلا على الحصص دون القيمة فيجوز * ذكر هذا الفرع بكامله الماوردي وهو ينبيه على ان محل جريان الخلاف في الانفاخ انما يكون عند الجهل بالمقدار ولذلك قيدت كلام المصنف فانه مطلق والله أعلم * وكذلك كلام كثير من المصنفين واما الثار فلا تكون إلا مجهولة للمقدار والله أعلم *

وديمة سقط دعوى الشراء وان قال لاحق لي فيه قضى بالشفعة (والقسم الثاني) أن لا يكون له بينة فلم يدعى عليه في الجواب أحوال (أحدها) أن يقر بأنه كان لذلك الغائب فاشتراه منه كما ادعى المدعى فهل للمدعى أخذه فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) لا لأنه اعترف بسبق ملك الغائب ثم ادعى انتقاله اليه فلا يقبل قوله في الانتقال فعلى هذا يوقف الأمر حتى يكتب ويبحث هل هو مقر بالبيع (والثاني) وهو الأظهر نعم لتقارها على البيع ويكتب القاضي في السجل أنه أثبت الشفعة بأقرارها فاذا قدم الغائب فهو على حجة (الثانية) أن ينكر أصل الشراء فالقول قوله مع يمينه ثم ينظر ان اقتصر في الجواب على أنه لا يستحق أخذه بالشفعة أو أنه لا يلزمه تسليمه اليه حاف كذلك ولم يلزمه التعرض لنفي الشراء وان قال في الجواب لم اشتره بل ورثته أو تهيبته فيحاف كذلك . أم يكفيه الحاف على أنه لا يستحق الشفعة فيه وجهان كما ذكرنا في دعوى عيب المبيع * وان نكل المدعى عليه حلف الطالب واستحق الشقص وفي الثمن ما تقدم من الوجوه * هذا إذا أنكر المشتري والشريك القديم غير معترف بالبيع فان كان معترفاً والشقص في يده نظر ان لم يعترف بقبض الثمن ففي الشفعة وجهان (أصحهما) ثبوتها وبه قول أبو حنيفة وأحمد والزماني لأن إقراره يتضمن إثبات حق المشتري وحق الشفيع فلا يبطل حق الشفيع بانكار المشتري (والثاني) وبه قول مالك أنها لا تثبت لأن الشفيع يتملك على المشتري وهو منكر فلا يثبت ما ينفذ عليه ويروى هذا عن ابن سريج (فان قلنا) بالثبوت فإلى من يسلم الثمن فيه وجهان (أظهرهما) وهو المذكور في الكتاب إلى البائع وتكون عهده عليه لأنه يتلقى الملك منه فكان الشفيع في هذه

﴿ فرع ﴾ قد تقدم انه اذا كان اختلاط الطعام بعد القبض لا يفسخ العقد والعقد صحيح بحاله وكذلك الثمر اذا كان بعد الجذاذ فان كان قدر الطعام أو الثمر معلوما باحد الاوجه التي مضت تقاسمها على ما تقدم وان كان قدر الطعام مجهولا والفرض انه بعد القبض فلا يفسخ العقد وإن تراضيا على شيء واتفقا عليه جاز واقتسماه على ذلك وان اختلفا فإن كانت صبرة المشتري قد اشالت على صبرة البائع فالقول قول البائع في قدر ماله مع يمينه لان اليد له وان كانت صبرة البائع اشالت على صبرة المشتري فالقول قول المشتري في قدر ماله من مال البائع مع يمينه وقال المزني القول قول البائع لأن يده قد كانت علي الطعامين . ما وكن اعرف بقدرهما من المشتري المستحدث اليد قال الماوردي وهذا خطأ لأن ماوجب اعتبار اليد فيه كانت اليد الثانية أولى ان تكون معتبرة من اليد المرتفعة كسائر الحقوق (قلت) والصواب ما قاله الماوردي وقد قاله غيره وتقدم ذلك مختصرا وليس من لازم التصوير الذي أطلقه المزني ان تكون اليد للبائع فقد تكون صبرته في يد غيره والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو صدر الخلط من البائع أو المشتري عن قصد كان الحكم كذلك كما يقتضيه لفظ الشافعي رضي الله عنه في الام *

الصورة هو المشتري (والثاني) أنه ينصب القاضي أمينا يقبض الثمن من الشفيع للمشتري ويدفعه إلى البائع ويقبض الشفيع من البائع للمشتري ويدفعه إلى الشفيع وهذا يستمد من أحد الوجهين في أن الأخذ بالشفعة هل يتوقف على قبض المشتري الشفيع وإذا أخذ البائع ثمن الشفيع فهل له خصامة للمشتري ومطالبته بالثمن فيه وجهان لأنه قد يكون ماله أبعد عن الشبهة والرجوع بالدرك عليه أسهل (إن قلنا) نعم وحلف المشتري فلا شيء عليه وإن نكل حلف البائع وأخذ الثمن من المشتري وكانت عهده عليه وما أخذه من الشفيع يترك في يده أم يؤخذ ويتوقف فيه وجهان هكذا أورده صاحب التهذيب وفي الشامل أن الوجهين في أنه هل يطالب المشتري فيما إذا لم يرض بأخذ الثمن من الشفيع فإن رضى فليقتنع بما أخذ وهذا أحسن * وإن اعترف مع البيع بقبض الثمن (فإن قلنا) لاشفعة فيما إذا لم يعترف بالقبض فهنا أولى وإن أثبتنا الشفعة هناك ففي هذه الصورة وجهان (أظهرها) الثبوت ثم الثمن يترك في يد الشفيع أو يأخذه القاضي ويحفظه أو يجبر المشتري على قبوله أو الإبراء منه فيه الأوجه السابقة (والثاني) ويحكي عن أبي إسحق وابن أبي هريرة أنها لا تثبت لأن الشفيع لا يأخذ إلا بالثمن ولا يمكن صرف الثمن ههنا إلى المشتري ولا إلى البائع (الثالثة) أن يقول في الجواب اشتريته لفلان ولا خصومة لك معي فينظر في المضاف اليه أهو حاضر أم غائب بالاع أوصبي ويكون الحكم فيه ماسياتي في الدعاوى * وقوله في الكتاب سلم اليه الثمن وأخذ كلاهما معل - بالواو - لما ذكرنا من الخلاف في الأخذ بالشفعة وفيمن

(فرع) قال القاضي حسين ان القولين في الانقاسخ في مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها ينبغي ان على تلف المبيع في يد البائع قبل القبض لاختلاف انه ينفسخ العقد ولأى معنى ينفسخ فيه معنيان (أحدهما) لتعذر التسليم (والثاني) لوقوع اليأس عن التسليم (ان قلنا) بالاول انفسخ العقد ههنا (والا) فلا لأنه يمكنه تسليم الكل قال ويخرج على هذين المعنيين مسائل (منها) اذا باع درة ووقعت قبل القبض في حلة البحر ينفسخ العقد لوجود المعنيين وان وقعت في وادي ان قلنا بالاول انفسخ والا فلا (ومنها) لو باع عصفوراً ثم اختلط بعصفائر البائع قبل القبض أو حنطة فاشتلت عليها حنطة أخرى للبائع ان قلنا بالاول انفسخ والا فلا (ومنها) اذا باع عبداً فأبقى قبل القبض عامة أصحابنا على ان البيع لا ينفسخ وقال أبو يعقوب كل الايوردي ينفسخ قال القاضي ويمكن تخريجه على المعنيين وكذا لو نهبه التركن أو غاروا عليه قبل القبض (قلت) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها لا يظهر فرق بين تعذر التسليم وبين اليأس منه فانه إن أريد به تسليم المبيع وحده متميزاً فهو متمذر ومأيوس منه وان أريد تسليمه في الحلة فليس بمتمذر ولا مأيوس منه (وأما) مسألة العصفور فقد قل الروياني في البحر انه لو باع شاة فاختلطت بقطيع لا تتميز

يسلم اليه الثمن على تقدير الأخذ (وقوله) فيقرر الثمن في يده أو يحفظه القاضي إشارة إلى الخلاف الذي ذكره مرة وترك الوجه الثالث اكتفاء بما سبق في نظير المسألة والله أعلم *

قال (الطرف الثالث في تزامم الشركاء *) فان توافقوا في الطلب وتساوت حصصهم وزع عليهم بالسوية * وان تفاوتت حصصهم فقولان في أنه يوزع على قدر الحصص * (حو) أو على عدد الرؤس والجديد على أنه على قدر الحصص * ولو باع أحد الشريكين نصيبه من شخصين في صفتين متعاقبتين فالمشتري الأول هل يشارك الشريك القديم في أخذ مضمون الصفة الثانية وملكه في نفسه معرض للنقص ثلاثة أوجه يفرق في الثالث بين أن يأخذ القديم نصيبه فلا يساهم (ح) أو يعفو عن صفقته فيستقر شركته فيساهم فيه * (

الكلام في هذا الطرف ينحصر في ثلاثة أمور (الأول) أن يتفق الشركاء على الطلب (والثاني) أن يطلب بعضهم ويعفو بعضهم (والثالث) أن يحضر بعضهم ويغيب بعضهم وسبيل ضبطها إما أن يكون كلهم حضوراً أو لا يكون كذلك ان كان الأول فالأول أن يتفقوا على الطلب وهو الأمر الأول أو على الترك وشأنه هين أو يطلب بعضهم ويترك البعض وهو الثاني وان كان الثاني فالأول ان كانوا غائبين جميعاً وهو متروك لوضوحه أو كان بعضهم غائباً والبعض حاضراً وهو الثالث (أما) الأول فتقدم عليه أن تعدد المستحقين للشفعة قد يكون ابتداءً بأن كانت الدار مشتركة بين جماعة

فالمذهب انه يبطل البيع قال وتعارض الحنطة لان هناك الاشاعة لم تمنع البيع وههنا الاشتباه مانع من العقد وقيل لا يبطل لانه يمكنه التسليم بان يقبض الكل ويكون حكمه حكم من اختلطت شاته بقطع الانسان قال وهذا لا يصح لان الشرط في القبض ان يتساطبه على المقبوض ويتمكن من التصرف وهذا لا يوجد بقبض الجملة (قلت) قوله المذهب انه يبطل البيع ان اراد الترجيح في الجملة فالحنطة والتمر كذلك وان اراد انه يبطل قطعا بخلاف الحنطة والتمر لما لحظه من معنى الاشاعة والاشتباه فقد يقال ان ذلك لا يستقيم لأن الخلط ههنا لو اقتضى الاشاعة كما يقوله في باب الفلاس وغيره لكان المذهب هنا انه لا يفسخ العقد بالاختلاط لأن المذهب هناك انه يصير مشتركا وأيضا فكان يفصل هنا بين ان يكون الخلط بالمثل والارداً او بالوجود كما هو مفصل هناك لكن المذهب ههنا انه يفسخ العقد ولم يفصل أحد بين ان يكون الخلط بالاجود أو بالمثل فدل على الفرق بين البابين وان الخلط انما يقتضى الاشاعة اذا كان بعد القبض أما قبل القبض كسألتنا هذه فالملك غير مستقر فيتأثر بالخلط ولا يحكم بالاشاعة وما ذكره الروايات يوافق وجهها في الفلاس ان البائع لا يرجع في المبيع اذا خلط مطلقا وهو مؤيد هناك بمسألة الاختلاط هنا والمذهب هناك خلافه وفرقوا بينهما بما ذكرناه ولو كان قول

فباع أحدهم نصيبه فتثبت الشفعة للباقيين وقد يحصل في الدوام بأن يكون الاستحقاق لواحد فبات تثبت الشفعة لورثته وعند أبي حنيفة وأحمد حق الشفعة لايورث * لنا قوله عليه السلام «من ترك حقاً فهو لورثته» وأنه حق لازم مالى فأشبه الرد بالعيب * إذا تقرر ذلك في الفصل مسألتان (إحداها) أن المستحقين للشفعة إن تساوت حصصهم كدار بين ثلاثة فيأخذون الشقص بالسوية وان تفاوتت حصصهم كما إذا كان لأحد الثلاثة نصفها وللثاني ثلثها وللثالث سدسها فباع صاحب النصف نصيبه فقولان (أحدهما) وبه قال مالك أن الشفعة على قدر الحصص فيقسم النصف بينهما أثلاثا لأن الشفعة من مرافق المالك فيقدر للمالك كحسب العبد المشترك والنتاج والخار (والثاني) وبه قال أبو حنيفة واختاره المزني أنها على عدد الرؤس فيقسم النصف بينهما بالسوية لأن سبب الشفعة أصل الشركة فأشبهه أجرة الصكك وعن أحمد روايتان كالتولين واحتج المزني للقول الثاني بثلاث مسائل (أحداها) أنه إذا اشترك ثلاثة في عبد على متفاوت فأعتق اثنان نصيبهما وهما موسران يغرمان نصيب الثالث بالسوية (والثانية) لو مات مالك الدار عن اثنين ثم مات أحدهما وله اثنان ثم باع أحد الاثنين نصيبه سوى الشافعي بين الأخ والعلم في الشفعة مع تفاوت حصصهم (والثالثة) قال الشافعي فيما إذا مات

(١) حديث من ترك مالا فلورثته تقدم في الضمان (تنبيه) أورده الرافعي هنا بلفظ من

ترك حقاً ولم أره كذلك *

الاشاعة ملاحظا في مسألة اختلاط الثرة والخطة لكننا قسم ذلك بين البائع والمشتري ولم يقل به أحد ههنا فيما أعلم وإنما القائل بعدم الانقاسخ يقول بالتخير نعم معنى الاشاعة يجب ان يلاحظ اذا كان الاختلاط بعد القبض في الخطة وبعد الجذاذ في الثرة وكذلك على القول الذي حكاه الامام عن صاحب التقریب وان كان لم يتعرض للاشاعة ولا ينافي ذلك ما تقدم عن الاصحاب من فصل الخصومة لأن ذلك معرفة للمقدار وبعد معرفة للمقدار الذي لكل منهما يصير مشتركا كما تقدم عن الماوردي فيما اذا كان المقدار معلوماً ويصير حكمه حكم الاختلاط المذكور في غير ذلك من الأبواب وفي المثليات بحكم الاشاعة على ما سنده ان شاء الله تعالى في باب الفس والفسب والله سبحانه وتعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وإن اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز ففيه طريقان قال أبو علي بن خيران وأبو علي الطبري لا ينفخ العقد قولاً واحداً بل يقال إن سمح أحد كما يترك حقه من الثرة أقر العقد لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره وإنما اختلط ما عليها من الثرة والثرة غير مبيعة فلم ينفخ البيع كما لو اشترى داراً وفيها طعام للبائع وطعام للمشتري

الشفيع قبل أن يأخذ فلورثته أن يأخذوا ما كان يأخذه أبوم بينهم على العدد امرأته وابنه في ذلك سواء (والجواب) (أما) مسألة العتق فن الأصحاب من لم يسلمها وجعلها على القولين ومنهم من سلم وفرق بأن ذلك ضمان إتلاف والنظر فيه إلى المتلفين لا إلى حال الائلاف وهذا فائدة من فوائد الملك فيقدر بقدره (وأما) المسألتان الأخيرتان فهما من باب الشفعة فنشرحهما ثم نذكر اعتذار من نصر القول الاول (أما) الأولى فللشافعي فيها قولان (القديم) وبه قال مالك أن الأخ يختص بالشفعة لأن ملكه أقرب إلى ملك الاخ لانهما ملكا بسبب واحد ولهذا لو ظهر دين على أبيهما يباع فيه ملكهما دون ملك العم واذا كان أقرب ملكا كان أحق بالشفعة كالشريك مع الجار (وأصحها) وبه قال أبو حنيفة وأحمد والمزني أنهما يشتركان في الشفعة لاشتراكهما في الملك والنظر في الشفعة إلى ملك الشريك لا إلى سبب ملكه لأن الضرر المحوج إلى إثبات الشفعة لا يختلف فعلى هذا يوزع على الاخ والعلم بالسوية أم على قدر الحصص فيه القولان وقال الامام قضية المذهب القطع بالتوزيع عليهما على قدر الحصص لأن القول باستحقاقهما هو الجديد ولا تردد على الجديد في أن الشفعة على قدر الحصص والتوزيع على الرأس هو القول القديم وفي القديم لاشفعة للعم في المسألة وفي هذا الذي ذكره نزاع سنورده من بعد (واذا قلنا) باختصاص الأخ بالشفعة فلو أنه عفا هل تثبت للعم فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) لا لانه لو كان مستحقاً لتقدم غيره عليه (والثاني) نعم لأنه شريك وإنما يقدم الاخ عليه

فاختلط أحد الطعامين بالآخر فإن البيع لا ينفسخ في الدار وقال المزني وأكثر أصحابنا أنها على قولين كالمسألة قبلها لأن المقصود بالشجر هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع وإن اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا يبطل البيع قولاً واحداً بل يقال للبائع إن سمحت بحقك أقر العقد وإن لم تسمح فسخ العقد لانه لم يختلط المبيع بغيره وإنما زاد المبيع في نفسه فصار كما لو اشترى عبداً صغيراً فكبر أو هزيراً فسمن الثاني وهو الصحيح أنه على قولين أحدهما لا ينفسخ البيع والثاني ينفسخ ويخالف السمن والكبر في العقد فإن تلك الزيادة لاحكم لها ولهذا يجبر البائع على تسليم العقد مع السمن والكبر وهذه الزيادة حكم ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها فدل على الفرق بينهما *

(الشرح) فيه مسألتان هما من بقية المراتب التي تقدم التنبيه عليها من مسائل الاختلاط (إحداها) وهي المرتبة الثانية إذا اشترى شجرة أو أرضاً فيها شجرة وعلى الشجرة المبيعة أو الداخلة في البيع من الثمرة حمل * إذا اشترى شجر وعليها حمل للبائع بأن كان مؤبراً أو ما في معناه فلم يأخذها البائع حتى حدث حمل المشتري واختلطت ولم تتميز وذلك إنما يكون فيما يحمل حملين أما ما يحمل مرة في العام فقد تقدم أنه متى كان على النخلة شيء مؤبر كان جميع ثمرة ذلك العام للبائع * إذا عرف ذلك قال الأصحاب فإن كان الحمل الحادث يتميز عن الأول كان الحمل الموجود حال العقد للبائع والحمل الحادث للمشتري لأنه حدث في ملكه وإن لم يتميز فقد قل المزني عن الشافعي قولين كما تقدم في المرتبة الأولى

لزيادة قربه فإذا سقط حقه استحق العم كما أن المرتن يتقدم على سائر الغرماء في الرهون ثم إذا سقط حقه تمسك به الباقيون وهذا الخلاف راجع إلى أن العم على القول القديم ساقط عن الاستحقاق أو مزحوم بالآخر والقولان في مسألة الآخر والعم جاريان في كل صورة ملك شريكاً بسبب واحد وبغيرهما من الشركاء بسبب آخر فباع أحد المالكين بالسبب الواحد نصيبه في قول الشفعة لصاحبه خاصة وفي قول للكل مثاله كان بين اثنين دار فباع أحدهما نصيبه من رجلين أو وهبه ثم باع أحدهما نصيبه أو مات مالك الدار عن ابنتين وأختين فباعته إحدى الأختين نصيبها في من له الشفعة وجهان عن ابن سريج (أحدهما) أنه على القولين ففي قول هي للأخت الأخرى وفي قول لهن جميعاً (وأظهرهما) القطع باستحقاقهن جميعاً لأن سبب ملكهن واحد وإنما الاختلاف في مقادير الملك (وأما) الثانية فإذا مات الشفيع عن ابن وزوجة ورثا حق الشفعة كما تقدم وفي كفيته ثلاثة طرق (أحدهما) أن في كون الشفعة بينهما على الرأس أو على قدر المواريث القولين (أظهرهما) وبه قال صاحب الإفصاح والشيخ أبو حامد القطع بأنهما يأخذان على قدر الميراث والطريقان مبنيان على خلاف الأصحاب في أن

واختلف الاصحاب في ذلك على طريقتين كما ذكره المصنف رحمه الله تعالى (احدهما) طريقة ابن خيران وأبي علي الطبري في الأفصاح القطع بعدم الانفساخ ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن خيران أن هذه المسألة لا تعرف للشافعي رحمه الله تعالى ولا نص عليها ولا تجيء على مذهبه أيضا بل البيع صحيح بكل حال قال وقد نكت ابن خيران وما قصر وهذا الكلام من الشيخ أبي حامد فيه ميل إلى ما قاله ابن خيران وكذلك الماوردي قال إن ما قاله ابن خيران أصح جواباً وتعليلاً وإن كان نقل المزي في صحيحه قال والاذعان للحق أولى من نصره ماسواه وقال القاضي أبو الطيب عن ابن خيران والطبري أنهما قالان الذي في مختصر المزي نقله في الأم فوق العلق في النقل من مسألة بيع الثمرة إلى مسألة بيع الأصول واحتج المنتصرون لهذه الطريقة بأن الاختلاط ليس في المبيع فصار كما لو اشترى رجل ثماراً وتجددت ثمار في يد البائع وتعيبت الثمار والمبيع في يد البائع فلا خيار بعيب الثمار قال الامام وهذا القياس الذي لا يسوغ غيره وممن صح هذه الطريقة الخوارزمي في الكافي (والطريقة الثانية) وبها قال المزي وأواسحق المروزي ونسبها القاضي أبو الطيب كما نسبها المصنف إلى أكثر أصحابنا أنها على القولين قال هؤلاء ونحن وإن لم نعلم نصه عليها فإن المزي ثقة فيما نقله عنه وفي المسألة مالا يحتمل التأويل من وجهين (أحدهما) إن فيها يقال للمبتاع أن يبيع أو لا يبيع فلو قال لا يبيع فلو لا أن الموقوف عليه هو نفس الشجر لما صح أن يقال لكل منهما أن يبيع (والثاني) أنه قال تكون الخارجة للبائع والحادثة للمشتري فدل على أن الموقوف عليه هو الشجر ثم المعنى يدل على ذلك فإن الموقوف عليه وإن كان هو الشجر فإن المقصود منها الثمرة فإذا اختلطت

ورثة الشفع يأخذون لأنفسهم أوله وورث ثم يتلقون منه (فإن قلنا) يأخذون لأنفسهم عاد القولان في المسألة (وإن قلنا) يأخذون للعت قطعنا بأنهما يأخذان على قدر الميراث والثاني يوجه بأنهم لو أخذوا لأنفسهم لأخذوا بالملك وإنما يحصل ملكهم بالارث وهو متأخر عن الشراء والملك المتأخر لا يفيد ولازلة الشفعة (والطريق الثالث) القطع بالتسوية لأن الموروث من الشفع حق تملك الشقص لا الشقص ومجرد الحق قد يسوى فيه بين الورثة كحد القذف هكذا حكاه وجهه الشيخ أبو الفرج السرخسي * إذا عرفت المسالتين فمن نصر قول التوزيع على الحصص قال في المسألة الأولى (إن قلنا) بطريق القولين فلا فرق ولا احتجاج وعلى ما ذكره الامام الحكم في المسألة غير ما احتج به جزماً فلا يصح الاحتجاج به أصلاً ولكن الذي ذكره مبني على أن الجديد هو التوزيع على الحصص والأكثر عكسوا ذلك وقالوا القولان معاً منصوصان في الامم والتقديم منهما هو التوزيع على الحصص ولذلك اعترضوا على ابن القاص ومن أثبت قول التوزيع في المسألة تقريباً على ثبوت الشفعة للأخ والعلم جميعاً بأن الشفعة إنما ثبتت لهما في الجديد وفي الجديد التوزيع على عدد الرؤس فلا يجيء فيهما الا قولان التخصيص

الخارجة بالحادثة فقد اختلط المقصود من المبيع بغير المبيع فهو كما لو اختلط المبيع بغيره قال الشيخ أبو حامد وهذا قريب غيران ابن خيران أسقط المسألة بالاصالة فلامعنى لقول هذا القائل ان فيها ما لا يحتمل التأويل (قلت) المراد أن المسألة غير قابلة للتأويل واما اسقاط ابن خيران فيجواب عنه بان المزني ثقة وقد نقلها فلم يبق لابن خيران متعلق الا ان تقول ان المزني أخطأ فيها وجوابه بما أبداه هذا القائل من المعنى فانه ينفي الجزم بخطائها واعلم ان هؤلاء الأئمة على جلالهم واطلاعهم بين منكر لما نقله المزني ومقلد له فيه وقد وقفت على القولين بما لا يحتمل التأويل إلا بتعسف عظيم فانه قال في آخر باب تمر الخنط يباع أصله وما أثمر في السنة مرارا فيبيع وفيه ثمرة فهي للبائع وحدها فاذا انقضت فما خرج بعدها مما لم يقع عليه صفقة البيع فالمشتري الاصل وصنف من الثمرة مكان يخرج منه الشيء بعد الشيء حتى لا ينفصل ما وقعت عليه صفقة البيع وهو في شجره فكان للبائع ما لم يقع عليه صفقة البيع وكان للمشتري ما حدث فان اختلط ما اشتري بما لم يشتر فلم يتميز ففيها قولان (أحدهما) لا يجوز البيع فيه الا بان يسلّم البائع للمشتري الثمرة كلها فيكون قد أوفاه حقه وزيادة أو يترك المشتري له هذه الثمرة فيكون قد ترك له حقه (والقول الثاني) أنه يفسد البيع من قبل به وان وقع صحيحا فقد اختلط حتى لا يتميز الصحيح منه الذي وقعت عليه صفقة البيع ما لم يقع عليه وقد تكلف ابن الرفعة بحمل ذلك على ما إذا باع شجرة التين مثلا بعد أن نتجت الاغصان ولم تبرز الثمرة فاشتراط البائع لنفسه تلك الاغصان فانه كالثمرة غير المؤبرة إذا شرطها البائع لنفسه فيشتراط فيها القطع على النص فيصح أن يقال إن المبيع قد اختلط بغيره وهذا تكلف

بالأخ والتسوية بينهما ذكر هذا الاعتراض القفال في كثير من الأئمة (وأما) المسألة الثانية فمن قال فيها بالقولين قال الذي ذكرناه أحد القولين وسقط الآخر ومن قطع فيهما بالتفاوت اختلفوا فمنهم من لم يثبت ما نقله المزني ومنهم من حمله على التسوية في أصل الاستحقاق دون المقدار المستحق (وقوله) في في الكتاب والجديد انه على قدر الحصص معلوم - بالحاء والزاي - وجعل هذا القول جديدا اتباعا لما ذكره الامام وفيه ما ذكرنا عن الأولين وكأنهم لما رأوا القولين منصوبين في الجديد وأحدهما هو التوزيع على الحصص منصوب في القديم رأوا اسم الجديد مما يقابل القديم أحق فخصوه به (المسألة الثانية) دار بين اثنين مناصفة باع أحدهما نصف نصيبه من انسان ثم باع النصف الثاني من آخر فالشفعة في النصف الأول تختص بالشريك القديم ولا يخلو الحال امانا يعفو عنه أو يأخذه ان عفا فهل يشاركه المشتري الاول في النصف الثاني فيه وجهان (أحدهما) لا لأن الشريك القديم مسلط على ملكه فكيف يزاحمه به (وأصحهما) نعم لأن ملكه قد سبق للصفقة الثانية واستقر بعفو الشريك القديم فيستحق به وقطع قاطعون بهذا الوجه واذا قلنا به فيأخذان بالسوية أم بحسب الحصصين فيه القولان السابقان * وان أخذ الشريك

بعيد وقد أحسن المحاملي فاعترف بأن الشافعي رحمه الله تعالى نص علي القولين في الأم وورد علي ابن خيران مذهبا وحجاجا وذكر الامام عن القائلين بهذه الطريقة أنهم فرقوا بين صورة الاختلاط وبين تعيب الثمار المتحددة في يد البائع بأن الاختلاط سببه بقاء ثمرة البائع على الاشجار وعلى البائع في الجملة تخلية المبيع للمشتري فقد حصل الاختلاط بسبب ما استبقاه البائع لنفسه وقرب ذلك من نقل الاحجار المودعة في الارض ومن قلع باب الدار المبيعة لنقل ما فيها من الامتعة وفي البحر أن ابن خيران تأول ما نقله الزنى على ما إذا ابتاع الشجرة وبقيت الثمرة للبائع ثم اشترى المشتري ثانيا الثمرة ثم ظهرت الحادثة فاختلفت بها وهنا يختلط المبيع بغير المبيع فهي مسألة القولين وغلطه في هذا التساويل بان هنا وان اختلط المبيع بغير المبيع الا أن كله للمشتري واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر في البيع أصلا والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ قال الشيخ أبو حامد ولا أعرف شجرة تحمل حامين يتميز أحدهما عن الآخر في سنة واحدة الا التين فانه يحمل النور وذي ثم يحمل بعده في الوقت وقد قال

القديم النصف الأول ففي مشاركة الأول إياه في النصف الثاني وجهان أيضاً قر بهما من الخلاف فيما إذا باع الشفيع ملكه وهو جاهل بالشفعة هل يبقى له الحق لأنه زال ملكه ههنا بالقهر كما زال هناك بالجهل (والأصح) أنه لا يشاركه وقطع به بعضهم وإذا اختصرت قلت في المسألة ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب (أحدها) أن الشريك القديم والمشتري الأول يتساويان في النصف الثاني بكل حال (والثاني) يختص به الشريك القديم بكل حال (والثالث) يفرق بين أن يعفو عن النصف الأول أو لا يعفو وهو الظاهر والمحكي عن أبي حنيفة في المسألة يوافق الوجه الاول *

قال ﴿ وان عفا أحد الشريكين وجب على الثاني أن يأخذ الكمال (و) لان أخذ البعض إضرار بالمشتري * وان عفا شريك واحد عن بعض حقه سقط (و) كله * كالعفو عن الفصاص فانه لا يتجزأ نظراً للمشتري * وان كانوا ثلاثة ولم يحضر إلا واحد أخذ الكمال وسلم كل الثمن حذراً من التبعيض * فاذا رجع الثاني شاطره وملك عليه من وقت تسليم نصف الثمن اليه وعهده عليه * وإذا جاء الثالث قاسمهما جميعاً ﴾ *

الامر الثاني يطلب بعض الشركاء ويعفو بعضهم ونبتدى فيه بما إذا كانت الشفعة لواحد فعفا عن بعض حقه وفيه وجوه (أصحها) وهو المذكور في الكتاب أنه يسقط جميعه لان البعض لا سبيل اليه لما فيه من الاضرار بالمشتري فاذا سقط بعضه سقط كله كالتفصيص إذا عفا المستحق عن بعضه (والثاني) لا يسقط شيء لان التبعيض قد تعذر وليست الشفعة مما يسقط بالشبهات فيغلب فيها جانب الشبوت وأيضاً فانه لم يرض بترك حقه وانما عفا عن البعض ليأخذ الباقي فصار كما لو عفا عن بعض

غيره ان النارنج والأترج والرانج أيضا يحمل حمليين وقد بلغني عن نوع من التفاح والباذنجان والبطيخ والقثاء ونحوها كالتين وأجاب الاصحاب عن كوننا لم نجعل الحادثة تابعة للخارجة كما في ثمرة النخل حيث جعلنا الطلع الحادث تابعا على الصحيح بأن العادة في النخل انه يحمل حملا واحدا فاذا كان بعض حمله للبائع كانت ثمرة ذلك العام كله والتين يحمل حمليين كل واحد منهما غير الآخر فالثاني كثمرة النخل في العام القابل (قلت) والآخر كذلك غير أنه لا يطرد في شجر بعينه ولا نقول في ثمرة النخل مطلقا ان ثمرة العام كلها للبائع فقد ورد ان نخل أنس بن مالك رضى الله عنه كانت تحمل في السنة مرتين بدعوة النبي ﷺ له فالمعتبر حينئذ بالحمل على ما جرت العادة فاذا كان أحد الحملين منفصلا عن الآخر انفصالا ينافي متلاحق لم يتبع الثاني الاول وان كانت عبارة الشافعي التي قدمتها تقتضي اعتبار العام فينبغي ان يقول على ذلك سؤال قال الاصحاب (ان قيل) هلا قلتم الحمل الثاني تابع للاول كما اذا باع نخلة مؤبرة فان الطلع الحادث للبائع تبعا للموجود (فالجواب) ان في الطلع وجهين

حد القذف (والثالث) أنه يستقط ماعفا عنه ويبقى الباقي لانه حق مالى قابل للتقسام وعن الصيدلاني أن موضع هذا الوجه ما إذا رضى المشتري بتبعض الصفقة عليه فان أبى وقال خذ الكل أو دع الكل فله ذلك قال الامام وهذه الوجوه إذا لم نحكم بأن الشفعة على الفور فان حكما به فطريقان (منهم) من قطع بأن العفو عن البعض تأخير في طلب الباقي (ومنهم) من احتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي وأجرى الوجوه ويدنو الاول أن صاحب الشامل ذكر أنه لو استحق شقصا بالشفعة فجاء وقال آخذ نصفه سقطت شفته في الكل لانه ترك طلب النصف * إذا تقرر ذلك فلو استحق الشفعة اثنان فعفا أحدهما عن حقه ففيه أربعة أوجه (أحدها) ويحكي عن ابن سريج أنه يستقط حقهما جميعا كما لو استحق اثنان القصاص فعفى أحدهما (والثاني) لا يستقط حق واحد منهما كما ذكرنا في الصورة الاولى لانه لا يستقط شيء فغلبنا جانب الثبوت (والثالث) أنه يستقط حق العافي وليس لصاحبه إلا أن يأخذ قسطه لان العفو يقتضي استقرار العفو عنه على المشتري كما لو عفوا جميعا وليس للمشتري أن يلزمه أخذ الجميع (والرابع) وهو الاصح أن حق العافي يستقط ويثبت الحق بكامله للثاني فان شاء ترك الكل وان شاء أخذ الكل وليس له أن يقتصر على أخذ حصته لولا العفو لما فيه من تبعض الصفقة على المشتري هذا هو الوجه المذكور في الكتاب (وقوله) وجب على الثاني أن يأخذ الكل أراد به أنه ان أخذ أخذ الكل لا الجصة إلا أنه يلزمه الاخذ هذا اذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداء (أما) اذا ثبتت لواحد ومات وورثه اثنان فعفا أحدهما فهو كما لو ثبتت الشفعة لواحد فعفا عن بعضها أثبتت لاثنتين فعفا أحدهما فيه وجهان (أظهرهما) الثاني قل الامام والخلاف

والفرق ان الطلع الحادث من جملة هذا الطلع الموجود لأنه ليس له الاحمل واحد يتقدم بعضه ويتأخر بعضه وليس كذلك الحمل الثاني مع الحمل الاول *

﴿ فرع ﴾ قال المتولى في هذه المسألة ان عدم الانفساخ هو الصحيح يعنى من طريقة القولين وفي مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لم يصحح شيئا والذي صححه ابن أبى عسرون في هذه المسألة من طريقة القولين القول بالانفساخ كما صحح ذلك في مسألة اختلاط الثمار المبيعة *

﴿ فرع ﴾ اذا قلنا يفسخ العقد فلا تفرع عليه (وان قلنا) يفسخ قال القاضي أبو الطيب فمن سمح منهما أجبر الآخر على قبوله وان امتنع ففسخ الحاكم بينهما كذلك قال القاضي أبو الطيب وهو مفهوم المصنف رحمه الله قال الماوردى على ما يقتضيه مذهب ابن خيران ان تراضيا واتفقا على قدر الحادثة من المتقدمة والا فالقول قول صاحب اليد ولا يفسخ البيع لأنه لا يعمل لما حدث تأثيرا في البيع وهذا الذى قاله الماوردى أحسن وأدخل في المعنى الذى لحظه ابن خيران لأن الاختلاط في غير

بناء على ما سبق أن الوارث يأخذ الشفعة لنفسه أو يتلقاها عن المورث (واعلم) أن الوجوه المذكورة شاملة لعفو الشفع عن بعض حقه ولعفو أحد الشفعين عن حقه الا الوجه الصائر الى استقرار العفو عنه على المشتري فانهم لم يذكروه في عفو الشفع عن بعض حقه فيه يحصل الافتراق وأيضاً يفترقان في الأصح * ولو كان للشخص شفعان فأت كل واحد منهما عن اثنين فعفا أحدهما (فان قلنا) عفو الوارث كعفو الشفع عن بعض حقه ففي وجه يستطو الكل كما كان وقياس الوجه الثالث في عفو الشفع عن بعض حقه أن يستطو حق العافى وأخيه يأخذ الآخران (وان قلنا) كعفو أحد شفعي الأصل عاد الوجه الاول والثانى وفيه وجه ثالث وهو أنه ينتقل حق العافى الى الثلاثة فيأخذون الشقص أثلاثاً ووجه رابع وهو أن حق العافى يستقر للمشتري وكل واحد من الثلاثة يأخذ الربع ويحصى في هذه الصورة وجه خامس وهو أن حق العافى ينتقل الى أخيه خاصة بناء على القول القديم في مسألة الاخ والعم *

﴿ فرع ﴾ مات الشفع عن اثنين وادعى المشتري عليهما أنهما عفوا فلقول قولهما مع البين وتكون البين على البت بخلاف ما اذا ادعى أن أباهما عفا عن الشفعة فانكرا فانهما يحلفان على نفي العلم ثم ان حلفا أخذوا وان ذكلا حاف للمشتري ويبطل حقه وان حاف أحدهما دون الآخر قال ابن الحداد ليس للمشتري أن يحلف لانه لا يستفيد بيمينه شيئاً فانه وان ثبت عفوا أحدهما ينتقل الحق الى الثانى وهذا جواب على أنه اذا عفا أحد الشريكين كان للآخران يأخذ الكل وهو الأصح (أما) اذا قلنا ان حق العافى يستقر على المشتري فيحلف المشتري ليستقر له نصيب الناكل ثم الوارث

للبيع لأثره وكذلك صرح به الحاملي بعبارة تقتضي أنه منقول عن ابن خيران فإنه قال وقال ابن خيران المسألة على قول واحد ان البيع لا يبطل ولكن يقال لكل منهما اسمح بترك ثمرتك فان سمح اجبر الآخر على القبول وان لم يسمح نظر فان كانت الشجرة والثمره في يد البائع كان القول قوله في قدر ما يستحقه المشتري منها وان كانت في يد المشتري فالقول قوله في قدر ما يستحقه منها * وكذلك الامام قال انه على هذه الطريقة لا يثبت الخيار وربما يظن بين كلام هؤلاء وكلام القاضي أبي الطيب منافاة ولا منافاة بينهما فقد بين الروياني ذلك ونقل القول بالنسخ عن نصه في الام وعن ابن خيران انه اذا لم يسمح واحد منهما فالقول قول من في يده كما قاله المصنف والقاضي أبو الطيب تفرعاً على القول بعدم الانقاسخ من قولى طريقة الخلاف ومقاله الماوردي والحاملي والامام تفرع علي طريقة ابن خيران فقط وكلام أبي الطيب لا يراد عليه الا من جهة كونه أطلق ذلك على قول عدم الانقاسخ وهو مشترك بين قول ابن خيران وأحد قولى طريقة الخلاف وكلام المصنف لا يراد

الحالف لا يستحق الكل بنكول أخيه ولكن ينظر ان صدق أخاه على أنه لم ينف فبالشفعة بينهما وان ادعى عليه العفو وأنكر الناكل عرضت عليه الدين لدعوى أخيه وان نكل في جوابه أيضاً حاف المدعى على أنه عفا وحينئذ يأخذ الكل قال وان كانوا ثلاثة ولم يحضر الا واحد أخذ الكل وسلم كل الثمن حذاراً من التبعيض فاذا رجع الثاني شاطره وملك عليه من وقت تسليم نصف الثمن اليه وعهدته عليه فاذا جاء الثالث قاسمها جميعاً (الامر الثالث) أن يحضر بعض الشركاء دون بعض فاذا كانت الدار لأربعة بالسوية فباع أحدهم نصيبه وثبتت الشفعة للباقيين ولم يحضر الا واحد فليس له أخذ حصته من الشقص لأنه ربما لا يأخذ الغائبان فتتفرق الصفقة على المشتري ولا يكاف الصبر الى أن يحضرا ولكنه يخير بين أن يأخذ الكل أو يترك الكل وهل له تأخير الأخذ الى حضور الشريكين إذا جعلنا الشفعة على الفور فيه وجهان (أحدهما) وبه قال ابن أبي هريرة لانه لا يمكنه من الأخذ (وأصحهما) عن الشيخ أبي حامد ويحيى عن ابن سريج وأبي اسحق نعم لأنه تأخير بالعذر لأن له غرض طاهر في أن لا يؤخذ ما يؤخذ منه وإذا أخذ الكل ثم حضر أحد الغائبين أخذ منه النصف بنصف الثمن كما لو لم يكن الا شفعان فاذا حضر الثالث فله أن يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده وحينئذ يحصل الاستواء ويستقر ملكهم ثم للمسألة فروع (منها) إذا خرج الشقص مستحقاً بعد الترتيب للفروض ففي العهدة وجهان (أحدهما) أن عهدة الثلاثة على المشتري لاستحقاقهم الشفعة عليه (والثاني) أن رجوع الاول على المشتري يسترد منه كل الثمن ورجوع الثاني على الاول يسترد منه النصف ورجوع الثالث على الاولين يسترد من كل منهما مائة اليه

عليه قوى لانه نقل قول ابن خيران وفرع عليه انه يقال من سمح منكبا أقر العقد فافهم انه اذا لم يسمح واحد منهما لا يقر العقد ويفسخ وليس ذلك قول ابن خيران ولو أخر هذه الكلمة بعد طريقة القولين وقالها تقريراً على عدم الانساح كان يعتذر عنه بما اعتذر عن القاضي أبي الطيب والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ كلام المصنف هنا مشير الى انه لازمة في غرض ترك الحق بين البائع والمشتري وكلامه في التنبيه يقتضى انه يبدأ بالبائع وكلام الماوردى يقتضى البداية بالمشتري والاقرّب التسوية كما أشار اليه في المذهب وان من بدأ بالقول البائع أو المشتري لم يقل ذلك على أنه متحتم بل على جهة المثال وليس كذلك كلبداء في التسليم فان ذلك مقصود يجر عليه بخلاف هذا والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ أورد على الزام المشتري أو البائع قبول ما بذل له من الثمن لامضاء العقد ما اذا سمح غرماء المفلس لصاحب السلعة المبعة بتقديمه تمام الثمن ليستمر عقد البيع فانه لا يلزمه الاجابة وفيه

لان التملك وتسليم الثمن هكذا وقع فيما بينهم وهذا أظهر وهو المذكور في الكتاب والمراقبون يرجحون الاول * وفي التتمة أن هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أجرة المثل وما عساه ينقص من قيمة الشقص فأما الثمن فكل منهم يسترد ما سلمه ممن سلمه اليه بلا خلاف * ولو أخذ الحاضر جميع الشقص ثم وجد به عيباً فردّه فقدم الثاني وهو في يد المشتري فله أخذ الكل (ومنها) ما يستوفيه الاول من المنافع ويحصل له من الأجرة والثمن يسلم له فلا يزاحمه فيها الثاني والثالث على أصح الوجهين وكذا الثالث لا يزاحم الثاني فيما حصل له بعد المشاطرة كما أن الشفيع لا يزاحم المشتري فيها ويقرب من هذين الوجهين الخلاف فيما اذا أخذ الاول كل الشقص وأفرزه بأن أتى الحاكم فنصب قima في مال الغائبين فاقسما وبني فيه أو غرس ثم رجع الغائبان هل لهما القلع (وأصح) الوجهين أنهما لا يقلعان كما أن الشفيع لا يقطع بناء المشتري وغراسه مجانا وفي الثاني لهما القلع لانهما يستحقان مثل استحقاق الاول وبذلك السبب فليس له التصرف حتى يظهر حالهما بخلاف الشفيع مع المشتري ولو كان اثنان حاضرين فأخذ الشقص واقسما مع القيم في مال الغائب ثم قدم الغائب فله الأخذ وابطل القسمة وان عفا استمرت القسمة (ومنها) لو أخذ الاول والثاني كما صورنا ثم حضر الثالث وأراد أن يأخذ من أحدهم ثلث ما في يده ولا يأخذ من الثاني شيئاً فله ذلك كما يجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين دون الثاني (ومنها) لو أخذ الاول الكل وقدم الثاني وأراد أن يأخذ الثالث بلا مزيد هل له ذلك فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز له ذلك كما لا يجوز للاول ان اقتصر على أخذ الثالث (وأظهرها) نعم لان أخذه الثالث لا يفرق الحق على الاول اذ الحق ثبت لهم اثلاثاً وبأخذ الاول الثالث تفرق الصفقة على المشتري فان أخذ الثالث تقريراً على هذا

نظر (المسألة الثانية) وهى المرتبة الاخرى * اذا اشترى رطبة فان اشترى بشرط القطع من اصلها فلم يقطع فاحدث يكون للمشتري ان اشترى بشرط القطع فلم يأخذها المشتري حتى طالت وعلت فقد عطف المزني هذه على مسألة القولين فاختلف الاصحاب فمنهم من قال البيع صحيح قولاً واحداً كما ذكره المصنف حكماً وتعليلاً ^(١) ومنهم من قال هى على قولين كالمسألة الاولى ومن ذهب الى هذا أبو اسحق للروزي وابن أبي هريرة والشيخ أبو حامد وجمهور أصحابنا والامام والرويانى والشاشي قال الماوردي وجمهور أصحابنا وغلط الشيخ أبو حامد القائل الأول وأجاب هؤلاء عما تمسك به القائل الاول من الكبر والسمن بان زيادة الكبر والسمن وصيرورة البليح سراً وما أشبه ذلك ليست بعين بمعنى انه لم يزد فى أطرافه ولا فى عدده والرطبة اذا طالت تفرع لها أغصان وحدت أعيان لم تكن فهو كالمسألة الاولى سواء وحسن المصنف هذا الجواب بقوله ان تلك الزيادة لاحكم لها فلم يقل انها ليست بعين فانها عين قطعاً ولهذا احتاج الاولون يفسرون ذلك بعدم زيادة أطرافه وعدده لكنها وان كانت

(١) كذا

الوجه وأخذه التراضى وقدم الثالث نظر إن أخذ من الاول نصف مافى يده ولم يتعرض للثاني فلا كلام قاله فى التتمة وان أراد أن يأخذ من الثاني ثلث مافى يده فله ذلك لانه يقول ما من جزء إلا ولى ثلثه وان ترك الثاني حقه حيث لم يشاطر الاول فلا يلزمى أن أترك حقي ثم له أن يجيء الى الاول فيقول ضم مامعك الى ما أخذته لنقسمه لانا متساويا القدر والشقص والحالة هذه أما تصح قسمته من ثمانية عشر لانا محتاج الى عدد له ثلث وثنائى ثلث وأقله تسعة يحصل منها ثلاثة فى يد الثاني وستة فى يد الاول ثم ينزع الثالث من يد الثاني واحدًا ويضمه الى الستة فى يد الاول تكون سبعة يقسمها بينهما وسبعة لانه قسم على اثنين فتضرب اثنين فى تسعة تبلغ ثمانية عشر وكان فى يد الثاني من التسعة بعد انزعاع الثالث منه ما نزع اثنين فنسربهما فى المضروب فى المسألة يكون له أربعة فى حصة تبقى أربعة عشر يأخذ كل واحد من الاول والثالث منهما سبعة فاذا كان ربع الدار ثمانية عشر كانت جملتها اثنين وسبعة من هذا ما ذكره الاكثرون ونلوه عن ابن سريج وحكي الامام عن القاضى حسين أنه لما ترك الثاني سدساً على الاول كان عاقباً عن بعض حقه يبطل جميعه على الظاهر كما سبق فينبغى ان يسقط حق الثاني بالكلية ويكون الشقص بين الاول والثالث (ومنها) قال ابن الصباغ لو حضر اثنان وأخذ الشقص ثم حضر الثالث وأحدهما غائب فان قضى له القاضى على الغائب أخذ من كل واحد من الحاضر والغائب ثلث مافى يده لانه الذى يستحقه منه والثاني يأخذ نصف مافى يده لانه اذا غاب أحدهما وكان الحاضر ينهما الشفيعان فيسوى بينهما ثم لو حضر الغائب وقد غاب الحاضر فان كان الثالث أخذ من الحاضر ثلث مافى يده أخذ من هذا الذى قدم ثلث مافى يده أيضاً وان كان قد أخذ نصف مافى يده أخذ من القادم سدس مافى يده ويتم نصيبه بذلك

عينا فلا حكم لها بدليل انه يجبر على التسليم معها فعبارة المصنف أسلم عن المشاححة وقد يفرض طول الرطبة من غير تفرع أغصان ومما يدل على ذلك انه لو باع الرطبة وطولها ذراع فاجبر في نصف طولها قبل القبض سقط من الثمن بقدره بخلاف السمن فانه لو هزل في يد البائع لم يسقط شئ وقال القاضي أبو الطيب ان الزيادة في الرطبة حدثت في الأصول التي في الارض فهي بمنزلة حدوث حمل آخر من الثمرة وقال الماوردي انها عين متميزة بخلاف الكبر والسمن فانه ليس متميزاً (واعلم) ان هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان على ان الزيادة التي حصلت في الرطبة للبائع وليست للمشتري وكذلك قال القاضي أبو الطيب والحاملي والشيخ أبو حامد قبلهما والقاضي حسين وذكر الماوردي في حكاية الطريقة المجازمة بالصحة ان الزيادة للمشتري لانها لا تتميز فان صح ذلك ففي المسألة ثلاث طرق وقال ابن أبي عصرون ان الاصح من قولى أحد الطريقتين الانفساخ كما ذكره في المسألتين السابقتين وقول المصنف فسخ أى يفسخه الحاكم كذلك مريح به الماوردي وقوله على القولين أى القولين في

الشقص والمسألة تقسم من اثني عشر للحاجة الى عدله نصف ولنصفه ثلث وسدس واذا كان الربع اثنا عشر فالكل ثمانية وأربعون (ومنها) ثبتت الشفعة الحاضر وغائب فعفا الحاضر ثم مات الغائب وورثه الحاضر له أخذ الشقص بالشفعة وان عفا أولاً لانه الآن يأخذ بحق الارث وهذا جواب على اصح الاوجه في عفو أحد الشريكين وهو أن للآخر أخذ السكل وساعده التفرع على أن العفو من بعض الشركاء لا يصح (أما) إذا قلنا ان نصيب العافي يستقر على المشتري فلا يأخذ الحاضر بحق الارث إلا النصف (وان قلنا) ان عفو أحدهما يسقط حق الآخر لم يأخذ شيئاً *

قال ﴿ومهما تعدد البائع أو للمشتري جاز أخذ مضمون إحدى الصفقتين ﴾ * وان اشترى في صفقة واحدة شقصين في دارين شريكهما واحد ففي جواز أخذ أحدهما وجهان *

أصل الفصل أنه ليس للشفيع تفریق الصفقة على المشتري على ما مر في أثناء الكلام ولو اشترى اثنان شقصاً من واحد فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما خاصة لأنه لا يفرق على واحد منهما ملكه وعن أبي حنيفة لا يجوز إن كان ذلك قبل القبض وان تعدد البائع بأن باع اثنان من شركاء الدار شقصاً من واحد فوجهان (أحدهما) أنه لا يجوز أخذ حصة أحد البائعين لأن المشتري ملك السكل بصفقة واحدة فلا يفرق ملكه عليه وبهذا قال مالك (وأصحها) ويحكى عن نحه في القديم وبه أجاب المزني أنه يجوز لأن تعدد البائع يوجب تعدد العقد كتعدد المشتري فصار كما لو ملكه بعقدين ولو باع اثنان من شركاء الدار نصيبهما بعقد واحد من رجلين والصفقة نازلة منزلة أربعة عقود تفرعاً على الاصح في أن تعدد البائع كتعدد المشتري وللشفيع الخيار بين أن يأخذ الجميع وبين أن يأخذ ثلاثة

اختلاط الثمرة المبيعة (واعلم) أن في مسألة الرطوبة ومسألة اختلاط الثمار المبيعة يقال للبائع ان سمحت بحمك أقر العقد وان لم تسمح فسخ البيع كما قال المصنف هناك ولا يقال للمشتري ان سمحت بحمك أقر العقد وفي مسألة اذا باع الشجرة واختلطت الثمار الموجودة بالحادثه يقال لكل منهما ان سمحت بحمك أقر العقد والفرق ان في المسألتين الاولتين اذا ترك المشتري حقه فاز البائع بالعوض والعوض *

﴿ فرع ﴾ باع شجرة الباذنجان ان بلغ نهايته فان كان في الخريف لا يحتاج الى شرط القطع والا فيشرط القطع فان كان عليه نور فهو للمشتري والا فهو للبائع كما في سائر الثمار ولا يدخل في مطلق العقد الا بالشرط فلو ظهر باذنجان آخر واختلط بالاول بحيث لا يتميز ففیه طريقان كما ذكرنا وهكذا في البطيخ والقثاء وما في معناها قاله القاضي حسين وقال الروياني في هذا الفرع ان باع الاصل مع الثمرة لابد من شرط القطع فان شجر الخربز والباذنجان والقثاء زرع وقد تقدم في كلام الامام ما يخالفه وقال الخوارزمي ان باع الاصول قبل خروج حملها لم يجز الا بشرط القطع وان باع بعد خروج حملها فان باعها مع الحمل جاز مطلقا وإن باعها دون الحمل أو مطلقا فالحمل الموجود للبائع والحادث

أرباع المبيع وهو نصيب أحد المشتريين ونصف نصيب الآخر وبين أن يأخذ نصفه إما بأخذ نصيب أحدهما وترك الآخر أو بأخذ نصف نصيب واحد منهما وبين أن يأخذ ربه بأخذ نصف نصيب أحدهما لا غير وان وكل وكيلين في بيع شقص أو شرائه أو وكلا وكيلين في بيع شقص أو شرائه فلا اعتبار بالعقد أو من له العيد فيه خلاف وقد ذكرناه في تفريق الصفقة حتى لو كانت الدار لثلاثة شركاء توكل أحدهم لآخر ببيع نصيبه وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة فباع كذلك فليس للثالث اذا جعلنا الاعتبار بالعقد إلا أخذ الكل أو ترك الكل فان جعلنا الاعتبار بالعقد فله أن يأخذ حصة أحدهما كما لو باع كل منهما حصته بنفسه ولو كانت الدار لرجلين فوكل أحدهما الآخر ببيع نصف نصيبه وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة فباع كذلك وأراد الموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة بحق ما بقي له من النصف فله ذلك لأن الصفقة اشتملت على ما لا تثبت فيه الشفعة للموكل وهو ملكه وعلي ما تثبت وهو ملك الغير فشبه ذلك بما إذا باع ثوبا وشقصا بمائة وفيه وجه أنه كالصورة السابقة ولو باع شقصين من دارين صفقة واحدة فان كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع في الاخرى فلكل واحد منهما أن يأخذ ما هو شريك فيه وافقه الآخر في الأخذ أم لا وان كان الشفيع فيهما واحداً فوجهان (أحدهما) ويرى عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لأن الصفقة متحدة (وأصحهما) الجواز لأنه لا يفتى إلى تبعض الشيء وذلك التبعض هو الذي يوجب الضرر *

المشتري ومقتضى كلام القاضي حسين الذي حكىته انه اذا باع البطيخ مع أصوله لم يصح الا بشرط القطع بخلاف النخل وكذلك قال الامام والغزالي قال ابن الرقعة وهو أوفق منه يعني من الامام والمنقول الاول يعني كلاما عن البندنجي وغيره يقتضى انه يجوز مطلقا ﴿فائدة﴾ ان قلت ماوجه تأخير هذه المرتبة عن الرتبة الثانية فان في هذه المرتبة اختلط المبيع بغيره فهي أشبه بالمسألة الاولى (قلت) المرتبتان الاولتان الاختلاط فيهما ظاهر اما اختلاط المبيع بغيره في الرتبة الاولى واما اختلاط المقصود منه بغيره في الرتبة الثانية وفي هذه المرتبة القائل الاول يقول ليس فيها اختلاط وانما هو زيادة المبيع في نفسه ولو كان كما قال هذا القائل لأجبر البائع على تسليم الرطبة بكاملها ولم يقل به أحد كما أشار اليه المصنف فالنزع في المرتبة الثانية في الختلط فيها هل هو كالخلط في المرتبة الأولى أولا والنزع في الاختلاط هل هو كذلك الاختلاط أولا فذكر المصنف الاختلاط المحقق بقسميه ثم لما فرغ منه ذكر ما يقبل النزاع في كونه اختلاطاً أولاً لكن اجراء القولين هنا فيما أظنه أولى من اجرائهما في

﴿الباب الثالث فيما يسقط به حق الشفعة﴾

قال ﴿وفيه ثلاثة أقوال (الأول) الجديد أنه على الفور (م)﴾ قال عليه السلام ﴿الشفعة كحل العقال﴾ (والثاني) أنه يبقى ثلاثة أيام (والثالث) أنه يتأبد فلا يبطل الا بإبطال أو دلالة الإبطال (و)﴾
لاشك أن حق الشفعة يعرض له السقوط ومقصود الباب بيان أنه بم يسقط وسبيل التدرج اليه أن قول المشافعي رضي الله عنه اختلف في أنه تثبت على الفور أم على التراخي (وأصح) القولين وهو المنصوص في الكتب الجديدة على الفور لما روي أنه عليه السلام قال ﴿الشفعة كحل العقال﴾^(١) أي أنها تفوت إذا لم يتدرج إليها كالبعير الشرود يحل عنه العقال إن قيدت ثبتت والا فاللوم على من تركها. وأيضاً فإنه حق خيار ثبت في البيع بنفسه لدفع الضرر فكان على الفور كالرد بالعيب (والثاني) أنه على التراخي وعلى هذا ففي تقدير مدته قولان (أظهرهما) التقدير وفي ضبطها قولان (أظهرهما) أنها تمتد إلى ثلاثة أيام لأن الحكم بالفور يفسر بالشفيع فإنه قد يحتاج إلى تأمل ونظر والحكم بالتأيد يفسر بالمشتري لأنه لا يأمن من أخذ الشفيع فتفتوت عليه العارة والتصرف فلا بد من حد فاصل فجاءت الثلاثة حداً كما في خيار الشرط وغيره (والثاني) عن حكاية صاحب التقریب أنه يمتد إلى أن تمتضي مدة التدبر في ملك

(١) ﴿حديث﴾ الشفعة كحل العقال ابن ماجه والبخاري من حديث ابن عمر بلفظ لاشفعة لغائب ولا صغير والشفعة كحل العقال وإسناده ضعيف جداً وقال البخاري في رواية محمد بن عبد الرحمن ابن اليماني منأكبر كثيرة وأورده ابن عدى في ترجمة محمد بن الحرث رواية عن ابن اليماني وحكى تضعيفه وتضعيف شيخه وقال ابن حبان لا أصل له وقال أبو زرعة منكر وقال البيهقي ليس بثابت

المرتبة الثانية لأن الاختلاط حقيقى وانكار ما فيه ارتكاب ضرب فى الجواز أو القياس وكون المرتبة الثانية كالأولى على العكس من ذلك وكذلك قالت فى هذه المرتبة الأخرى ولم أقل الثالثة وذلك ان جماعة من محققى الاصحاب كابى حامد والماوردى اختاروا اجراء القولين هنا دون المرتبة الثانية * ولو اشترى وديا فكبر فانه للمشتري قولاً واحداً لانها زيادة غير مبررة قاله ابن أبى هريرة وغيره وجعله القاضى حسين فى تعليقه قاعدة عامة انه اذا اشترى شجرة وتركها حتى تكبر وتطول وتزداد كثيراً فان كان مما لا يتكرر قطعه مثل شجرة التفاح وانواعه فيكون الكل للمشتري وان كان مما يتكرر قطعه مثل الخلاف والعصب يخرج على القولين وفى الفتاوى بالنسبة اليه فيما اذا اشترى شجرة بشرط القطع فلم تقطع حتى نما وكبر اطلاق القولين فى انقضاء العقد ثم قال جامعها بعد هذه المسألة ليست عن القاضى وانه ينبغي ان تكون للمشتري ولا خيار له لانه ملك أصلها كائناً ثم قال ورأيت للشيخ أبى المعالى انه ان كانت الشجرة مما لا يخاف فالمشتري كالدنور والنخل وان كان يخاف كالقوت قولان (قلت) وسندكر من كلام صاحب التتمة انه اذا اشترى الزرع بشرط القطع ان للمشتري لا يملك أصوله وانما للبائع وقياس ذلك ان تكون الشجرة أيضاً كذلك وان تكون زيادتها كاختلاط المبيع

ذلك الشقص ويختلف باختلاف حال المأخوذ (والثانى) انه لا تتقدر له مدة بل يتأبد لانه لا ضرر على المشتري فى التأخير إذ الشقص له وان بنى فيه أو غرس فله قيمته إن أخذ الشفع ومالا ضرر فى تأخيره يتأبد كالقصاص فعلى هذا لو صرح بإبطاله يبطل وفيما يدل على الإبطال قولان (أظهرهما) البطلان وهو المذكور * وبما له دلالة الإبطال قوله للمشتري بع الشقص بمن شئت أو هبه ولو قال بعه أو هبه منى أو فاسمى عليه فكذلك وفيه وجه أنه لا يبطل بقاء الشفعة لأنه قد يخاف الأخذ بغير طريق الشفعة إن تيسر له والمشتري إذا لم يأخذ الشفع ولم يعف أن يرفعه إلى الحاكم ليلزمه الأخذ أو العفو وفيه قول أنه ليس له ذلك تنزيلاً للشفيع منزلة مستحق القصاص * ويخرج من الترتيب عند الاختصار خمسة أقوال فى كيفية ثبوت الشفعة أنها على الفور تمتد ثلاثة أيام - تمتد مدة تسع للتأمل - تتأبد إلى التصريح بالإبطال - تتأبد إلى أن يصرح بالإبطال أو يأتي بما يدل عليه * وعند أبى حنيفة وأحمد أنها تمتد امتداد المجلس للعلم بالشفعة وعند مالك تمتد سنة فى رواية ومدة يغلب على الظن فيها الإسقاط والترك فى أخرى *

قال * والصحيح أنه على الفور وأنه يستقط بكل ما يعبد تعديراً أو توانياً فى الطلب * فاذا بلغه الخبر فلينهض عن مكانه طالباً * فان كان ممنوعاً بمرض أو حبس فى باطل فليوكل * فان لم يوكل مع القدرة بطل حقه (و) وان لم يكن فى التوكيل مؤنة ومنة ثقيلة * فأت لم يجد الوكيل

بغيره فيجري القولان كما اقتضاه باقي الفتاوي والذي قاله في التعليقة وقال ابن أبي هريرة محمول على ما إذا باع مطلقاً فإنه فيما لا يستخاف لا يحتاج إلى شرط القطع وتكون أصوله للمشتري ﴿فائدة﴾ هذه المسألة تنزهك على أن المشتري إذا اشترى جذوة من الرطبة لا يملك منها إلا الظاهر على وجه الأرض وقد تقدم عن الماوردي حكاية خلاف في أن الجذوة المراد بها الظاهر على الأرض أو ما جرت العادة بجذوة وهذا الوجه لا يجتمع مع كلامهم في هذه المسألة إلا أن يكون قد عين في فرض هذه المسألة أنه لا يملك شيئاً من الباطن *

﴿فرع الزرع التي تحصد مرة واحدة إذا اشتراها بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد قال صاحب التتمة فالزيادة للبائع والحكم على ما ذكرنا يعني في مسألة زيادة الرطبة واختلاطها قال حتى لو تسبيل تكون السنبال للبائع اللهم إلا أن يكون اشترى الزرع بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد فتكون الزوائد له لأنه ملك أصول الزرع التي منها تحصل الزيادة هكذا قال صاحب التتمة (فاما) قوله الزيادة للبائع والحكم كما في مسألة الاختلاط فهو مخالف لما تقدم عن الإمام أنها للمشتري بالاتفاق (واما) قوله حتى لو تسبيل تكون السنبال للبائع فقيه نظر لأن السنبال ليست حادثة من خاص ملكه بل هي منها

فليشهد * فان ترك الاشهاد ففي بطلان حقه قولان * وان كان المشتري غائباً ولم يجد في الحال رقة وثيقة لا يبطل حقه * وان كان في حمام أو على طعام أو في صلاة نافلة لم يلزمه * (و) قطعها على خلاف العادة *

إنما أعاد ذكر الفور فقال والصحيح أنه على الفور لأنه أراد التفريع عليه (واعلم) أنا إنما نحكم بالفور بعد علم الشفيع بالبيع (أما) إذا لم يعلم حتى مضت سنون فهو على حقه * ثم إذا علم فلا يكلف ابتداءً على خلاف العادة بالعدو بقوة بل يرجع فيه إلى العرف فإما بعد تقدير أو توانياً في الطلب يستطع الشفعة ومالا بعد تقدير لا اقتران عذر به لا يسطعها والأعذار ضربان (أحدهما) مالا ينتظر زواله عن قرب كالمرض المانع من المطالبة فينبغي المريض أن يوكل إن قدر عليه وإن لم يفعل فثلاثة أوجه (أحدها) بطلان الشفعة كما لو أمكنه الطالب بنفسه فتعسر (والثاني) وبه قال أبو علي العاصري لا يبطل لأنه يلزمه في التوكيل منة أو مؤنة (والثالث) إن لم يلزمه فيه منة ولا مؤنة ثقيلة يبطل حقه وان لزمه أحدهما لم يبطل * وان لم يمكنه التوكيل لا يشهد على الطالب وإن لم يشهد قولان أو وجهان (أظهرهما) أنه يبطل حقه لأن السكوت مع التمكن من الاشهاد مشعر بالرضا (والثاني) لا يبطل وإنما الاشهاد لاثبات الطلب عند الحاجة وهذا ما اختاره الشيخ أبو محمد * والخوف من العدو كالمرض وكذا الحبس إن كان ظمراً أو بدين هو معسر به وعاجز عن بيعة لأعسار فإن حاس بحق فإن كان مائناً فهو غير

على رأيه وجعلها للمشتري أقرب (وأما) قوله اللهم الى آخره فهكذا وجدته في النسخة والظاهر أنه غلط (والصواب) القاع باللام وعلي هذا يصح فإنه اذا اشتراه بشرط القطع من أصوله كانت الأصول ملكه فكما حدث منه كان للمشتري لانه زيادة ملكه والله أعلم * وقد صرح صاحب التهذيب بأنه اذا باع القرط بشرط القلع فلم يقطع حتى ازداد يكون ما حدث للمشتري لانه ملك أصله وقد تقدم التنبيه على ذلك أول المسألة *

﴿ فرع ﴾ اذا اشترى أصول البطيخ تقدم عن الامام والمتولى وغيرهما انه لا يجوز الا بشرط القطع قال صاحب التتمة أو القلع وقال صاحب التتمة الا أنه اذا اشترى أصول النبات بشرط القلع ثم استأجر الأرض أو استعار ولم تبلغ الأصول فما يحدث يكون ملكا له لأنه فرع أصل مملوك وهذا من صاحب التتمة بناء على ما ذكره في الفرع المتقدم انه اذا اشترى الزرع بشرط القطع لا يملك أصوله وقد تقدم عن الاصحاب ان الطريق الى ملك ما يحدث من البطيخ أن يشتري الأصول بشرط القطع ويستأجر الأرض فلا يجب عليه القطع وهذا الذي قاله المتولى ينبه على انه لا يفيد اشتراط القطع بل لابد من اشتراط القلع وينبغي ان يكون ذلك مجزوما به لان البطيخ مما يستخلف والله أعلم * ولو باع أصول النبات

معذور بل عليه الاداء والخروج * ومن هذا الضرب الغيبة فاذا كان المشتري في بلدة والشفيع في غيرها فعلي الشفيع أن يخرج طالبا كما بلغه الخبر أو يبعث وكيفا إلا أن يكون الطريق مخوفا فيجوز التأخير إلى أن يجد رقعة وثيقة يصحبها هو أو وكيله أو يزول الحر للمفرط أو البرد للمفرط فاذا أخر لذلك أو لم يمكنه المسير بنفسه ولا وجد وكيفا فليشهد على الطالب فان لم يشهد ففي بطلان حقه الخلاف السابق وأجري ذلك في وجوب الاشهاد إذا سار في الحال والظاهر ههنا أنه لا يجب ولا تبطل الشفعة بتركه كما لو أنفذ وكيفا ولم يشهد يكفي فيه بذلك وليطردفيا إذا كان حاضرا في البلد فخرج اليه أو الى مجلس الحكم كما سبق في الرد بالعيب (والضرب الثاني) ما ينتظر زواله عن قريب بأن كان مشغولا بطعام أو صلاة أو قضاء حاجة أو في حمام فله الاتمام ولا يكلف قطعها على خلاف المعهود وفيه وجه أن عليه قطعها حتى الصلاة اذا كانت نافلة ولو دخل وقت الأكل والصلاة أو قضاء الحاجة جاز له أن يقدمها فاذا فرغ طالب بالشفعة ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاقتصار على أقل ما يجزى * ولورفع الشفيع الأمر الى الحاكم وترك مطالبة المشتري مع حضوره جاز وقد ذكرناه في الرد بالعيب * ولو أشهد على الطالب ولم يراجع للمشتري والحاكم لم يكف خلافا لأبي حنيفة * وان كان المشتري غائبا فليقاس أن يرفع الأمر الى الحاكم ويأخذ كما ذكرنا هناك واذا أزمناه للاشهاد ولم يقدر عليه فهل يؤمر أن يقول تملك الشقص فيه وجهان مر نظرهما في الرد بالعيب * واذا تلاقيا في غير بلد الشقص فأخر الشفيع الى العود اليه بطل حقه لاستغناء الاخذ عن الحضور عند الشقص (وقوله)

مطلقاً لا يتولى لا يدخل البطيخ إلا بالتنصيص لأنها ثمرة ظاهرة حتى أن الذي هو يرى ولم ينفع ولا يتبع الأصول بخلاف الثمرة التي لم تظهر تتبع الشجرة لأن الشجرة أصل مقصود والتماء تبع له فجعل ما لم يظهر من التمام تبعه وأما هنا أصل النبت ليس بمقصود وإنما المقصود الثمار فلا يجعل المقصود تبعاً *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رضي الله تعالى عنه ولا يجوز بيع القصيل إلا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ثم قال فإن اشتراه ليقطعه فتركه بغير شرط وقطعه بمكنة فالبايع بالخيار في ترك القصيل أو نقض البيع فهذا النص إن كان المراد به ما استخلف خاصة فهو أحد الطريقين أو القولين اللذين نقلهما الأصحاب وإن كان شاملاً لما يستخلف ولما لا يستخلف ففيه موافقة لما قاله صاحب التتمة من أن الزيادة في الزرع الذي لا يستخلف للبائع ومخالفة لما قاله الإمام قال صاحب التهذيب إنه لو باع القصيل أو الشجر الخلف كالحلاف والقصب أو ورق القرصاء في أول خروجه بشرط القطع في ذلك كله فلم يقطع حتى زاد في انقضاء البيع قولان كالقت قال وعندى أن كانت المقاطع معلومة مثل أخضار الفراسيد بين مقاطعها فما يحدث من الأوراق فوق المقطع والطول يكون للمشتري وفي القت والكراث الخ لا يفسخ لأن ما يحدث من أصله الذي لم يبع غير متميز عما باع لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة *

في الكتاب فإذا بلغه الخبر أي خبر من يعتمد قوله فلينهض عن مكانه طالباً أي إما بنفسه أو بنائبه (وقوله) فإن لم يוכל مع القدرة بطل حقه معلوم - بالواو - وكذا قوله لم يلزمه قطعاً *

قال ﴿ ولو أخبر ثم قال لم أصدق الخبر فإن أخبره من تقبل شهادته بطل حقه ﴾ وإن أخبره من لا تقبل روايته كفاسق وصبي فلا يبطل * وإن أخبره عدل واحد أو عبد يقبل روايته فالأظهر (و) أنه يبطل حقه * وإن كذب الخبر في دينار الثمن * أو تعيين المشتري * أو جنس (وح) الثمن * أو قدر للبيع فترك المبيع لم يبطل حقه لأن له غرضاً * وإن أخبر بأن الثمن ألف فإذا هو ألفان لم يكن له الرجوع إذ لا غرض فيه وإذا لقي المشتري فقال السلام عليكم لم يبطل حقه * ولو قال لكم اشترى فنيه تردد * وكذا في قوله بارك الله لك في صفقة يمينك * ولو قال اشترى رخيصة وأنا طالب بطل حقه لأنه فضول من غير غرض *

الفصل يشتمل على صور (إحداها) إذا أضر الطالب ثم قال إنما أضرته لأنني لم أصدق الخبر فنظر أن أخبره عدلان يبطل حقه لأن شهادتهما مقبولة فكان من حقه أن يعتمد قولها ويثق به وكذا لو أخبره رجل وامرأتان * وإن أخبره من لا تقبل روايته كالكافر والفاسق والصبي لم يبطل حقه وإن أخبره عدل واحد حر أو عبد فوجهان (أحدهما) لا يبطل حقه لأن الحجة لا تقوم بالواحد وهو رواية عن أبي حنيفة ذكره في التتمة (وأظهرها) البطلان لأنه أخبار وأخبارهم مقبول وفي النهاية أنهم الحقوا العبد

﴿ فرع ﴾ في زيادات أبي عاصم العبادي إذا اشترى ورق الفرحاد مع أغصانه فتراخى القطع حتى مضى الوقت فله القطع وإن اشترى الورق فقط فتأخر فسد البيع في قول لأنه اختلط المبيع بغيره •

﴿ فرع ﴾ مالا يجوز بيعه إلا بشرط القطع كالرطبة والقصيل والقصب والطرفاء والخشب والبردى في خرابزه ذكره ابن خيران في اللطيف • قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ وإن كان له شجرة تحمل حملين فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز فالباع باطل وقال الربيع فيه قول آخر أن البيع يصح وأمله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذة من الرطبة فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر أن البيع يصح في أحد القولين والصحيح هو الأول لأنه باع ، إلا يقدر على تسليمه لأن العادة فيها الترك فإذا ترك اختلط به غيره فتعذر التسليم بخلاف الرطبة فإنه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم ﴾ •

﴿ الشرح ﴾ ضبط في الاستقصاء حملين - بفتح الحاء - قول في الاستقصاء وقيل غيره الحمل بالفنح ما كان في بطن أو على رأس شجرة وبالكسر ما كان على رأس أو ظهر وحمل الشجرة مرتين

بالفاسق لأنه ليس من أهل الشهادة والمرأة الواحدة كالعبد حتى يجي ، فيها الوجهان • وقطع بعضهم بأن أخبارها لا يبطل حقه وعلي هذا فلو أخبره نسوة قال أبو سعيد المتولى ينبغي على أن المدعى إذا أقام امرأتين هل يقضى بيمينه معهما (ان قلنا) لا فأخبارهن كأخبار المرأة الواحدة (وان قلنا) نعم فكالعبد الواحد وهذا كله إذا لم يبلغ عدد الخبرين حداً لا يحتمل التواطؤ على الكذب فإن باعه وأخر بطل حقه وإن كانوا فساقاً (الثانية) لو كذبه الخبر فزاد في قدر الثمن بأن قال باع الشريك نصيبه بألف فعفا ثم باع بالثمن بطل حقه لأنه إذا لم يرغب فيه بألف فبالثمن أولى ولو كذب في تعيين المشتري بأن قال باعه من زيد ثم بان أنه باعها من غيره أو قال المشتري اشتريت لنفسى ثم بان أنه كان وكيلاً أو في جنس الثمن بأن قال باع بالدرهم فبان أنه باع بالدنانير أو في نوعه بأن قال باع بالنيسابورية فبان أنه باع بالمرورية أو في قدر المبيع بأن قال باع كل نصيبه فبان أنه بعضه أو بالعكس لم يبطل حقه لأنه ربما رضى بتركه لزيد دون غيره وقد يجحد الدنانير دون الدراهم أو يرغب في الكل دون البعض وبالعكس وكذا لو قال باعه من فلان فعفا ثم بان أنه باع من غيره أو قال باعه من رجلين فبان أنه باعه من أحدهما أو قال باعه بكذا حالا فبان أنه باعه مؤجلاً أو قال باع بكذا إلى شهر فبان أنه باع إلى شهرين لا يبطل حقه ولو قال باعه بكذا مؤجلاً فعفا ثم بان أنه باعه حالا يبطل حقه لأنه متمكن من التعجيل إن كان يقصده وكذا لو قال باع كله بألف فعفا ثم بان أنه بيع بعضه بألف يبطل حقه لأنه إذا لم يرغب في الكل بألف ففي البعض أولى وعند

يقال ان ذلك في التين واللوز والرمان والأترج تحمل حملين وهذه المسألة كالتقييد لما تقدم وتبين ان مامضى من الكلام في اختلاط الثمار المبيعة انما محله فيما اذا لم يكن الاختلاط غالباً أو كان غالباً ولكن شرط القطع على المشتري فلم يتفق حتى وقع الاختلاط اما اذا كانت الاختلاط غالباً ولم يشترط القطع فالبيع باطل كما ذكره المصنف ههنا وهو الصحيح المشهور المنصوص في الأم نص عليه في باب ثمر الحائط يباع أصله قال الربيع هناك وللشافعي في مثل هذا قول انه ان شاء رب الحائط ان يسلم مازاد من الثمرة التي اختلطت بشمرة المشتري صح قال الحاملي وهذا ليس بمنصوص وانما أخذه الربيع من أحد القولين فيما اذا باع جذة من الرطبة فلم يجزه المشتري حتى حدثت أعيان أخر فان الشافعي نص في تلك المسألة على قولين فخرج الربيع قولاً آخر في هذه المسألة بناء على تلك قال الحاملي وغلط في هذا والمذهب ان البيع يبطل قولاً واحداً والفرق ان الرطبة انما تباع على شرط القطع فالبيع معلوم مقدور على تسليمه وانما يخاف تعذر التسليم بمعنى ربما حدث ور بما لم يحدث فصح العقد وههنا وقع العقد على الثمرة الموجودة والعقد يقتضي تبقيتها الى وقت الجذاذ فاذا

أبي حنيفة إذا أخبر عن البيع بالدرهم فعفا ثم بان أن البيع بالدنانير أو بالعكس ولم يتفاوت القدر عند التقويم بطلت شفاعته وبه أجاب الامام فيجوز أن يع. لم لذلك قوله أو جنس الثمن - بالحاء والواو - (الثالثة) لقي المشتري فقال السلام عليك أو سلام عليك أو سلام عليكم لم يبطل حقه لأن السنة السلام قبل الكلام قال الامام ومن غلا في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام * وفيما إذا قال عند لقاء المشتري بكم اشتريت وجهان ذكر العراقيون أنه يبطل حقه وقالوا من حقه أن يظهر الطلب ثم يبيح (والأصح المنع) لأنه إن لم يعلم قدر الثمن فلا بد من البحث عنه وان علم فيجوز أن يريد أخذ إقرار المشتري كيلا ينازعه في الثمن وحكى الامام وجهين أيضاً فيما إذا قال بارك الله في صفقة يمينك عن قياس طريق المراوزة أنه يبطل حقه لأن الدعاء يشعر بتقرير الشقص في بده فلا ينتظر الطلب عقيب (وأصحها) وهو الذي أورده المعظم أنه لا يبطل لأنه قد يدعو بالبركة ليأخذ بصفقة مباركة ولو قال اشتريت رخيصةً وما أشبهه ثم أعقبه بالطلب يبطل حقه لأنه فضول لا غرض فيه ولو أخر الطلب ثم اعتذر بمرض أو حبس أو غيبة وأنكر المشتري فالقول قول الشفيع إن علم له العارض الذي يدعيه والا فالمدق للمشتري * ولو قال لم أكن أعلم بثبوت حق الشفعة أو كونها على الفور فهو كما في الرد بالعيب *

قال ﴿ ولو باع ملك نفسه مع العلم بالشفعة بطل حقه ﴾ فان لم يعلم فقولان من حيث أنه انقطع الضرر * وان صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح * ثم إن كان جاهلاً ففي بطلان شفاعته خلاف *

علم اختلاطها في تلك الحالة فقد وقع العقد على ما يعلم تعذر تسليمه حال استحقاق التسليم انتهى وشبهوه بشراء العبد الآبق وقد أطبق جماهير الأصحاب على ترجيح القول بالفساد ورد ما قاله الربيع قالوا وإنما وزان مسألة الرطبة لو باع الثمرة بشرط القطع فلا يبطل البيع وقد نقل الامام قول الربيع المذكور في الكتاب عن العراقيين قال وذكر العراقيون قولاً بعيداً أن البيع موقوف فإن سمح البائع ببطل حقه تبيننا انعقاد العقد وإن لم يسمح تبيننا أن العقد غير منعقد في أصله وهذا قول مزيف لأصله وهو بمثابة المصير إلى وقف بيع العبد الآبق على تقدير فرض الاقتدار عليه وفاقاً فإن طردوا هذا فهو على فساد مطرد وما أراهم يقولون ذلك وأراد الامام بالقول الذي نقله العراقيون ما ذكره المصنف عن الربيع لكن ليس في كلامهم الذي رأيت أنه ذلك من باب وقف العقود بل صرح المحامي في حكاية

في هذه البقية مسألتان (الأولى) إذا باع الشفيع نصيب نفسه من العقار أو وهب عالمًا بثبوت الشفعة له بطل حقه (أما) إذا جعلها الشفعة على الفور فظاهر (وأما) إذا جعلها على التراخي فلأن الشفعة إنما ثبتت لدفع ضرر سوء المشاركة والمقاسمة وإنما يلزم ذلك من الشركة فإذا باع نصيب نفسه فقد أزال سبب الشفعة ولو باع بعض نصيبه حكى الشيخ أبو علي وغيره فيه قولين (أحدهما) أن شفيعته لا تبطل لأنه لو لم يملك إلا ذلك القدر ابتداء له الشفعة (والثاني) تبطل لأنه إنما يستحق الشفعة بجميع نصيبه فإذا باع بعضه بطل بقدره وإذا بطل البعض بطل الكل كالأمر عفا عن بعض الشقص المشفوع وهذا أظهر على ما ذكره الامام وغيره هذا إذا كان عالمًا (أما) إذا باع نصيبه جاهلاً بالشفعة قال أكثرهم فيه وجهان وقال صاحب الكتاب قولان (أحدهما) أنه على شفيعته لأنه كان شريكاً يوم البيع ولم يرض بسقوط حق الشفعة (وأشبههما) أنها تبطل لزوال سبب الشفعة ولهذا لو زال عيب المبيع قبل

﴿ حديث ﴾ لا شفعة إلا في ربيع أو حائط البرار من حديث جابر بسند جيد والبيهقي من حديث أبي حنيفة عن عطاء عن أبي هريرة مرفوعاً لا شفعة إلا في دار أو عقار *

﴿ قوله ﴾ روى أنه صلى الله عليه وسلم قال الشفعة لمن واثبها ويروى الشفعة كنشط عقال إن قيدت ثبتت وإلا فاللوم على من تركها هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي هكذا بلا إسناد وذكره ابن حزم من حديث ابن عمر بلفظ الشفعة كحل العقال فإن قيدها مكانه ثبت حقه وإلا فاللوم عليه ذكره عبد الحق في الأحكام عنه وتعبه ابن القطان بأنه لم يره في الحلى وأخرج عبد الرزاق من قول شريح إنما الشفعة لمن واثبها وذكره قاسم بن ثابت في دلائله *

﴿ قوله ﴾ السنة السلام قبل الكلام الترمذي من حديث جابر وقال إنه منكر وحكم عليه ابن الجوزي بالوضع وذكره ابن عدى في ترجمة حفص بن عمر لا يلي وهو متروك بلفظ السلام قبل السؤال من بدأكم بالسؤال قبل فلا تجيبوه *

هذا القول انه يقال للبائع اسمح بترك حقك فان سمح والا فسخ العقد ولكن عبارة الربيع في الأم التي حكيت بعضها في صدر كلامي محتملة لما قاله الامام والاولى ان يترك على ما قاله المحامي وحينئذ لا يكون من وقف العقود ولا يتبين انعقاد العقد أو عدم انعقاده واما الزامهم بالعبد الآبق فالفرق ان الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع ولا كذلك الآبق لكن القول المذكور ضعيف بما ذكره المحامي والمصنف فان الرطبة لأجل شرط القطع يمكن تسليمها وههنا الابقاء بعد بدو الصلاح مستحق فلا يمكن التسليم وكونه تسليمه بتسليم الجميع لا يكفي لان شرط العقد القدرة على التسليم الذي لو امتنع منه أجبر عليه وهو لا يجبر على تسليم الجميع وقد أورد ابن الرفعة على الامام والغزالي اذ قالان ان الاختلاط بعد النخلية لا يوجب الانفساخ ان يقولوا بالصحة ههنا فان التسليم ممكن بالنخلية وللبائع اجبار المشتري عليها اذا باع مطلقا لخروجه بذلك عن عهدة الضمان على هذا الرأي كما يكون ذلك في المنقول

التمكن من الرد سقط حق الرد ولو باع بعض نصيبه جاهلا أطلق في التهذيب أن شفעתه لا تبطل والوجه أن يكون على الخلاف السابق اذا فرعنا على أنه لو باع الجميع بطلت شفעתه (الثانية) لو صالح على حق الشفعة على مال فهو على ما ذكرناه في الصلح عن الرد بالعيب واختار أبو اسحق المروزي صحته ولو تصالحا على أن يأخذ بعض الشقص فيصح الصلح برضى المشتري بالتبعض أو يبطل وتبقى خيرة الشفيع بين أخذ الكل وترك الكل أو تبطل شفעתه أصلا تزيلا لترك البعض منزلة ترك الكل نقلوا فيه ثلاثة أقوال وقد فرغنا بتوفيق الله تعالى من شرح مسائل الكتاب ونز يده بفصلين (أحدهما) في الحيل الدافعة للشفعة (منها) أن يبيع الشقص بأضعاف ثمنه دراهم ويأخذ عرضا قيمته مثل الثمن الذي يتراضيان عليه بدلا عن الدراهم أو يحيط عن المشتري ما يزيد عليه فلا يرغب الشفيع في الشفعة لحاجته الى الاخذ بالدراهم المسماة وفيها غرر لان البائع قد لا يرضى بالعرض عوضاً أو لا يحيط (ومنها) قال ابن سريج يشتري أولا بائع الشقص عرضاً يساوى ثمن الشقص بأضعاف ذلك الثمن ثم يجعل الشقص عوضاً عما لزمه وفيها غرر لان البائع قد لا يرضى به (ومنها) أن يبيع جزءاً من الشقص بالثمن كله ويهب منه الباقي فلا يأخذ الشفيع الشقص المبيع للغبن ولا يتمكن من أخذ الموهوب وفيها غرر ظاهر (ومنها) أن يجعل الثمن حاضراً مجهول القدر ويقبضه البائع وينفقه أو يخلط بغيره فتندفع الشفعة وفيه خلاف ابن سريج على ما تقدم (ومنها) إذا وقف المشتري الشقص أو وهبه يبطل حق الشفيع على رأى أبي إسحق (ومنها) لو باع بعض الشقص ثم باع الباقي لم يكن للشفيع أخذ جميع المبيع ثانياً في أحد الوجهين فيندفع أخذ الجميع (ومنها) لو وكل الشريك شريكه بالمبيع فباع لم يكن له الشفعة على أحد الوجهين وقد سلف ذكر هذه المسائل *

وحينئذ تساوى مسألة الرطبة نعم لو كان التسليم لا يمكن في حال الا مع الاختلاط لم يصح ذلك وذلك في حجة البئر اذا أفردت بالبيع وقلنا للماء يملك وأورد صاحب الوافي أنه اذا علم حدوث ما تختلط به الثمرة المبيعة اذا تركها فيذنبى أن يجب التقطع للعذر المذغى الى ابطال البيع فيصح نقل الربيع (قلت) ويجاب التقطع بدون شرطه بعيد لأن المشتري لم يلتزمه ولا هو ممتغى العقد والله أعلم * وحقيقة الخلاف في هذه المسألة يرجع الى أن المتوقع كلواقع أولا والجمهور على أن المتوقع كلواقع ولهذا منعوا الأب من نكاح جارية ابنه اذا قلنا لو أحببها صارت أم ولد له وشاهده من السنة نهي عليه السلام «عن بيع الثمرة حتى تزهى» وأورد ابن الرفعة على الامام أيضاً في الزامهم العراقيين طرده ذلك في العبد الآبق أنه ابدى في كتاب القيط احتمالاً في جواز بيع العبد الآق المنقطع الخبر مع عدم اتصال الرفاق وعدم اجزاء عتقه

﴿ فرع ﴾ عند أبى يوسف لا يكره دفع الشفيع بالحيلة إذ ليس فيها تقويت حق على الغير لأن الحق إنما يثبت بعد البيع وعند محمد يكره لما فيها من إيقاع الشفيع في الضرر مع حجة من الثبوت وهذا أشبه بمذهبنا في الحيلة في دفع الزكاة وهما يختلفان في الزكاة (الفصل الثانى) في مسائل وفروع من الباب لم تسلك فيما قدمنا ونورد هامشورة فنقول لعفلس العفو عن الشفعة والأخذ والاعتراض عليه للغرماء وينبغى أن يعود في أخذه الخلاف المذكور في شرائه في الذمة ثم الكلام في أنه لم يؤد الثمن على ما ذكرناه في التفليس ولو وهب من عبده وقلنا انه يملك فبيع باقيه قال الشيخ أبو محمد تثبت له الشفعة وهل يفتقر إلى إذن جديد من السيد فيه وجهان ولعامل القراض الأخذ بالشفعة فان لم يأخذ فللمالك الأخذ ولو اشترى بمال القراض شقصاً من عقار فيه شركة لرب المال ففي ثبوت الشفعة له وجهان عن ابن سريج (أحدهما) للمنع ووجه الثانى أن مال القراض كالمفرد عن ملكه لتعلق حق الغير به ويجوز أن يثبت له على ملكه حق والحالة هذه كما ثبت له على عبده المرهون حق الجناية وان كان العامل شريكاً فيه فله الأخذ إن لم يكن في المال ربح أو كان وقلنا انه لا يملك بالظهور وان قلنا انه يملك فعلى الوجهين في المالك ولو كان الشقص في يد البائع فقال الشفيع لا أقبضه إلا من المشتري فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) له ذلك ويكاف الحاكم المشتري أن يتسلمه ويسلمه إلى الشفيع وان كان غائباً نصب الحاكم من ينوب عنه في الطرفين (والثانى) أنه لا يكلف ذلك بل يأخذه الشفيع من يد البائع وسواء أخذ من المشتري أو من البائع فعهدة الشفيع على المشتري فان المالك ينتقل اليه منه وقال أبو حنيفة ان أخذه من يد المشتري فالعهدة على المشتري وان أخذه من يد البائع فالعهدة عليه ولو اشترى شقصاً شرط البراءة من العيوب فان أبطلنا البيع فذاك وان صحناه وأبطلنا الشرط فكما لو اشترى مطلقاً فان صحنا الشرط فلا شفيع رده بالعيب على المشتري وليس له يشتري

عن الكفارة ظاهر ثم قال وما يجب ذكره أنا إذا منعنا البيع فلو تبين بقاء العبد فالظاهر عندي نفوذ البيع وإن كان يلتفت على الوقف ولكن إذا بان الأمر من ذلك والقدرة على التسليم فظن التعذر لا يبق أثره مع تبين خلافه وكان في المعاملات يضاهى صلاة الخوف مع سواد يحسبه عدوا ثم بان خلافه *
 ﴿ فرع ﴾ إذا اشترى الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين وتأبيره وهو يعلم أنه يحدث الحل الآخر ويختلط به فاطاق الرافعي وغيره أن البيع باطل إلا بشرط القطع وقال أنه يحى فيه الخلاف يعني خلاف الربيع ولم يذكر أنه على طريقة ابن خيران كيف يكون الحكم وينبغي على طريقة ابن خيران في المسألة المتقدمة بالصحة الحكم وعلى الطريقة المثبتة للخلاف يكون كالمو باع أحد الحملين فالشهور البطلان إلا بشرط القطع والله أعلم * (١)

(١) ياض
بالاصل خور

الرد كالمو كان المشتري عالما بعيبه عند الشراء والشفيع جاهلا به عند الأخذ وإن علم الشفيع العيب دون المشتري فلا رد للشفيع وليس للمشتري طاب الأرض لأنه استدراك للظلمة أو لأنه لم يثبت من الرد فلو رجع إليه يبيع أو غيره لم يرد على العلة الأولى ويرده على الثانية ولو قال أحد الشرعيين للآخر بع نصيبك فقد عفوت عن الشفعة فباغ ثبتت له الشفعة ولغا العفو قبل ثبوت الحق وعن تفرع ابن سريج عن الجامع الكبير لمحمد أنه إذا باع شقفا فضمن الشفيع العهدة للمشتري لم تسقط بذلك شفعته وكذلك إذا شرط الخيار للشفيع وصحنا شرط الخيار للأجنبي ولو كان بين أربعة دار فباع أحدهم نصيبه واستحق الشركاء الشفعة فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو ثبتت شهادتهما أن شهدا بعد ما عفوا وأن شهدا قبله لم تقبل لأنهما يجران الشقص إلى أنفسهما فلو عفوا ثم أعادوا تلك الشهادة لم تقبل أيضا للهمة وأن شهدا بعد ما عفوا أحدهما قبلت شهادة العافي دون الآخر فيحلف المشتري مع العافي ويثبت العفو ولو شهد البائع على عفو الشفيع قبل قبض الثمن لم يقبل لأنه قد يقصد الرجوع بتقدير الافلاس وإن كان بعد القبض فوجهان لأنه ربما يتوقع الرجوع إلى العين بسبب من الأسباب ولو أقام المشتري على عفو الشفيع بينة وأقام المشتري بينة على أنه أخذ بالشفعة والشقص في يده فبينة الشفيع أولى لتقويتها باليد أو بينة المشتري لزيادة علمها بالعفوية وجهان (أظهرهما) الثاني ولو شهد السيد على شراء شقص فيه شفعة لم يكتبه فعن الشيخ أبي محمد قبول شهادته قال الامام كأنه أراد أن يشهد للمشتري إذا ادعى الشراء فيجوز أن تثبت الشفعة تبعا أما شهادته لم يكتبها فأنها لا تقبل بحال ولو كان الشفيع صبيا فعلى وليه الأخذ إن كان فيه مصلحة والام يجوز الأخذ وإذا ترك بالمصلحة ثم بالغ الصبي فهل له الأخذ فيه خلاف ذكرناه في آخر الحجر ولو كان بين اثنين دار فباع أحدهما عن حمل في البطن ثم باع الآخر نصيبه فلا شفعة للحمل لأنه لا يتيقن وجوده فإن كان له وارث غير الحمل فله الشفعة وإذا انفصل حيا فليس

فانه لا يشترط شرط القطع على الصحيح ^(١) واذا باع شجرة وبقيت ثمرتها المؤبرة للبائع قبل بدو
 الصلاح لا يشترط قطعها جزماً ^(٢) واذا باع ثمرة بعد بدو الصلاح فعلم اختلاطها بغيرها قبل الجذاذ
 بطل العقد على أحد القولين ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بثمره أخرى فكذلك على
 المذهب ^(٣) ولو باع رطبة أو شبيهها مما ذكرناه هنا لم يجز إلا بشرط القطع ^(٤) ولو باع
 الأرض وفيها رطبة تبقى للبائع و يعلم اختلاطها بغيرها فهو كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها
 بغيرها ومقتضى المذهب كما قدمته اشتراط القطع فكذلك هنا وظهر لك بجميع هذه المسائل ان اطلاقهم
 عدم اشتراط القطع فيما اذا بقيت الثمرة للبائع قبل التأخير بالشرط أو بعد التأخير وقبل بدو الصلاح
 بالعقد محمول على ما اذا لم يكن تلاحق الثمار غالباً أما لو كان غالباً فمقتضى ما تقرّر بطلانه كما اذا باع

(من ١ إلى ٤) يياض
 بالأصل وليحرر

لوليه أن يأخذ شيئاً من الوارث ولو ورث الحمل الشفعة عن مورثه فهل لأبيه أوجده الأخذ قبل انفصاله
 فيه وجهان (وجه المنع) وبه قال ابن سريج انه لا يتيقن وجوده فاذا أخذ الشفيع وبني فيه أو غرس وخرج
 مستحقاً وقلم المستحق بناءً وغراسه فالقول فيما يرجع به الشفيع على المشتري من الثمن وما ينقص قيمة
 البناء والغراس وغيرها كالقول في رجوع المشتري من الغاصب عليه قال الامام وان نظرنا الى ان
 الرجوع بما ينقص من قيمة البناء والغراس هناك مبني على التفرير ولا تفرير من المشتري بل الشفيع مأخوذ
 عنه قهراً فيجوز ان يحجب عنه بأنه مختار في الشراء والأخذ بالشفعة موجب للشراء ولومات رجل وله
 شقص من دار وعليه ديون تستغرق التركة فباع الشريك الآخر نصيبه قبل ان يباع الشقص في
 الدين قال ابن الحداد للورثة أخذه بالشفعة وهو جواب على ان الدين لا يمنع انتقال الملك في التركة
 الى الورثة وهو الاصح (فان قلنا) يمنع فلا شفعة لهم ولو خاف داراً وديوناً لا تستغرق قيمة الدار فبيع منها
 ما يفي بالدين قال ابن الحداد لا شفعة للورثة فيما بيع بما بقي لهم في الملك وهذا مستمر على الأصل
 السابق فانهم اذا ملكوا الدار كان المبيع جزءاً من ملكهم ومن بيع جزء من ملكه بحق لم يكن له
 استرجاعه بالباقي (فان قلنا) انه يمنع فنعم الملك في قدر الدين أم في جميع التركة فيه خلاف مذكور في موضعه
 (ان قلنا) بالثاني فلا شفعة لهم أيضاً لانهم انما يملكون الباقي بأداء الدين وانما تثبت الشفعة بملك يتقدم
 على البيع (وان قلنا) بالاول ثبتت لهم الشفعة ولو كانت الدار المشتركة بين المورث والورثة ثم انه مات
 فبيع نصيبه أو بعضه في ديونه وصاياه قال ابن الحداد لهم الشفعة وهذا يخالف الاصل الذي سبق
 فانهم اذا ملكوا التركة صار جميع الدار ملكهم فيكون المبيع جزءاً من ملكهم واختلف من بعده فهم
 من أخذه وقال ما يباع في ديونه وصاياه بمثابة ما يبيعه بنفسه ولو باعه في حياته بنفسه كان لهم الشفعة
 فكذلك ههنا والا كثرون خالفوه وجروا على قضية ذلك الأصل ثم منهم من خطأه وقال انما ينظم

ثمرة يعلم تلاحقها بغيرها وليس لك أن تفرق بأن الثمرة هناك مبيعة فتعذر تسليمها موجب للبطلان بخلاف ما اذا بقيت للبائع فانها ليست بمبيعة لأننا نقول ان هذا المعنى هو الذى لحظه ابن خيران فيما اذا باع الشجرة وعليها ثمرة فاختلفت بغيرها وقد أبطله الاصحاب هناك ولو باع شجرة وعليها ثمرة غير مؤبرة واستثنائها البائع اما بشرط القطع ان شرطناه أو بدونه فحدث طلع آخر فهل يكون حكمه ما اذا بقيت الثمرة المؤبرة للبائع وحدث طلع آخر فيجرب فيه الوجهان في أن الطالع يكون للبائع أو للمشتري أو نقول هنا ان الطلع الحادث للمشتري قولاً واحداً لان الثمرة غير المؤبرة انما بقيت بالشرط فلا يستتبع الطلب الحادث لم أر في ذلك نقلاً (فان قلنا) ان الطالع للبائع تبعاً للثمرة فلا كلام (وان قلنا) للمشتري وكان الغالب تلاحقه فهل يصح من غير شرط فيصير كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها

هذا الجواب على ان الدين لا يمنع ملكهم فيستحقون الشفعة بالملك القديم وعن الشيخ أبى زيد حمل كلامه على ما اذا باع بنفسه في مرض موته ومن مولدات ابن الحداد دار بين ثلاثة لاحد منهم نصفها ونصفها بين الآخر بن بالسوية فاشترى صاحب النصف نصيب احد الآخرين ثم باع ثلث مامعه مطلقاً من أجنبي والشريك الثالث غائب مثلاً فاعلم ان الشفع في البيع الثانى هو الشريك الثالث لا غير وأما في الأول فيتعلق النظر باصاين أحدهما الخلاف الذى سبق في ان المشتري اذا كان أحد الشر كاء تكون الشفعة بينه وبين الشريك الآخر أو يختص بها الشريك الآخر (والثانى) عود القولين في ان الشفعة على عدد الرؤس أو الحصص اذا حكمنا بالشركة اذا عرفت ذلك فاذا قدم الغائب وفرعنا على قسمه بينه وبين المشتري وهو الاصح نظرنا ان طلب الشفعة في العقد الاول فله مما اشتراه الشريك على قولنا بالتوزيع على عدد الرؤس النصف وهو ثمن جميع الدار وذلك شائع فيما معه وهو ثلاثة أر باع الدار فاذا باع ثلث مامعه كان بائعاً ثلث حق الشفع ولا ينصرف الى الشريك ما يستقر ملكه فيه لان الكل قابل للبيع فيأخذ القادم من المشتري ثلثي الثمن ومن المشتري منه ثلث الثمن فيتم له ما استحقه بالعقد الاول (وان قلنا) بالتوزيع على الحصص فله مما اشتراه الشريك الثلث لان ملكه قدر نصف ملك الشريك وحينئذ فله نصف سدس الدار فيأخذ من الشريك ثلثي نصف السدس ومن المشتري منه ثلثه لما ذكرنا من الشيوع فعلى القول الاول يخرج الحساب من أربعة وعشرين لان نصيب الغائب سدس مامعه وهو الثلاثة ارباع الدر فيحتاج الى عدد لثلاثة ارباعه سدس فتضرب اربعة في ستة تكون اربعة وعشرين وعلى الثانى من ستة وثلاثين لان نصيب الغائب تسع مامعه فيحتاج الى عدد لثلاثة ارباعه تسع فتضرب اربعة في تسعة يكون ستة وثلاثين والرابع الذى اشتراه الشريك على التقدير الاول ستة وعلى الثانى تسعة ثم اذا أخذ ذلك فله أن يأخذ ما بقى من يد المشتري بالعقد الثانى وله ان يعفو فيكون للمشتري الخيار بين

بغيرها وقياس المذهب فيها البطلان ولو اشترى شجرة القثاء والبطيخ ونحوه مع ثمرتها اشترط القطع لانه كالزراع ثم ان لم يتفق القطع حتي خرج شيء آخر فالخارج والموجود كله للمشتري وهذا هو الوجه في تحصيل كل الثمرة الموجودة وغيرها للمشتري وان اراد الخلاص من مطالبتة بالقطع استأجر منه الارض سنة أو سنتين فيحصل له منفعة تلك المدة ولا يملك صاحب الارض مطالبتة بالقطع قاله الروياني وغيره *

ان يفسخ لتفرق الصفقة عليه و بين أن يحتر بحصته من الثمن اما اذا فرعنا على ان المشتري اذا كان شريكا لاشفعة له بل يختص بها الشريك الآخر وبه قال ابن سريج فان الغائب اذا كان يأخذ جميع ما اشتراه الشريك لو لم يكن بيع ثان فاذا باع ثلث ما في يده فقد باع من حق الغائب الثلث فاذا قدم أخذ ثلث الربع من المشتري وثلثيه من الشريك فيتم له ما استحق بالبيع الاول ثم له أن يأخذ ما في يد المشتري بالعقد الثاني وله ان يغفو عن الاول ويأخذ جميع الربع من يد المشتري وهذا كله فيما اذا باع ثلث ما في يده مطلقا أما اذا قال بعث ربع الذي اشتريت فليس للغائب أن يأخذ غير ما في يد المشتري من الشريك لكنه إن عفا عن شفعة البيع الاول أخذ جميع الربع بالبيع الثاني وان أراد الاخذ بالبيع الأول فسخ البيع في نصف الربع على قول التوزيع على الرأس وثلثه على القول المقابل له ثم له أخذ الباقي بالبيع الثاني ولو قال بعث الدار من جملة النصف الذي كنت أملكه قد بما للغائب أن يأخذ جميعه بالعقد الثاني وأن يأخذ بالعقد الأول مما في يد الشريك نصف الربع أو ثلثه على اختلاف القولين *

بعون الله تعالى قد تم طبع الجزء الحادي عشر من (تكملة المجموع) شرح المذهب للإمام السبكي رضي الله عنه ومعه الشرح الكبير للرافعي في ليلة ٢٧ رجب الفرد من سنة تسع وأربعين وثلثمائة وألف هجرية وهي ليلة المعراج المباركة من هذا العام على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التحية آمين : وذلك (بمطبعة

التضامن الأخوي) لصاحبها (حافظ محمد داود) السكان مركزها بشارع كفر الزغاري

عطفة الشماع رقم ٨ بالحسين بمصر ويليه الجزء الثاني عشر وأوله من

المجموع قول المصنف رحمه الله باب بيع المصراة والرد بالعيب

ومن كتاب الشرح الكبير للرافعي وكتاب

التلخيص الحبير للعسقلاني ابن حجر

(كتاب القراض) والله

ولي التوفيق



﴿ فهرست الجزء الحادى عشر من تكملة المجموع ﴾ (شرح المذهب)
للامام السبكي رضى الله عنه ﴿

صحيفة

صحيفة

٢ ﴿ باب بيع العرايا ﴾

٢ قال المصنف رحمه الله وأما العرايا وهو بيع الرطب على النخل بالتمر على الارض خرضاً فإنه يجوز للفقراء

٣ شرح ما قاله المصنف شرحاً وافياً مع بيان أحوال الرطب والأحاديث الواردة فيه وتخريجها ومذاهب العلماء فى ذلك

٢٢ فرع لو باع الرطب على الارض بالتمر هل يجرى حكم العرايا فيه فيصح فى خمسة أوسق أو دونها ؟

٢٣ فرع قال صاحب التتمة إذا اشترى الرطب بالتمر يعنى فى العرايا الخ

٢٣ فرع يجوز أن يقع العقد على الذمة فيقول بعثك ثمرة هذه النخلة الخ

٢٣ فرع قال الشافعى والجائحة فى العرايا والبيع وغيرهما سواء

٢٣ فرع قال للماوردى والرويانى لا تجوز العربية إلا فيما بدا صلاحه بשרاً كان أو رطباً

٢٤ قال المصنف رحمه الله وهل يجوز للأغنياء فيه قولان

٢٤ شرح هذا الفصل شرحاً ممتعاً

٣٠ فرع إذا قلنا بالقول الأول فما ضابط المعنى المعتبر فى ذلك ؟

٣١ فرع لا يشترط عندنا حاجة الدائع إلى البيع جزماً خلافاً لبعض الحنابلة

٣١ فرع تلخص بما قلنا أنه لا يشترط عندنا حاجة

البائع جزماً والمشتري على الاصح

٣٢ فرع هل يجوز فى العرايا ان يبيع جزءاً أمشعاً أو منهما بما على النخلة ؟

٣٢ قال المصنف رحمه الله وهل يجوز ذلك فى الرطب بالرطب فيه ثلاثة أوجه

٣٣ شرح هذا الفصل و بيان الأحاديث الواردة فيه وأحكامه وما يتعلق به من كل الوجوه

٤٠ فرع إذا قلنا بجواز بيع الرطب على النخل بالرطب على الأرض هل المعتبر فيه الخرص ؟

٤١ فرع عرفت أن الأصح من الأوجه الثلاثة المنع مطلقاً

٤١ فرع إذا كان الرطب بالرطب كلاهما على الأرض لم يحز

٤٤ فرع بيع التمر بالرطب على الأرض قال الحاملى لا خلاف على المذهب أنه لا يجوز

٤٤ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز فى العرايا فيما زاد على خمسة أوسق فى عقد واحد

٤٥ شرح هذا الفصل مع تخريج الاحاديث الواردة فيه و بيان أحكامه وأقوال الفقهاء فيه

٥٢ فرع قول المصنف فى عقد واحد مفهومه أنه يجوز فى عقود متفرقة والأمر كذلك

٥٣ فرع ويفهم منه أنه إذا باع ثمانية أوسق من رجلين صفقة واحدة جاز

٥٤ فرع إذا باع رجلان من رجل واحد أكثر من خمسة أوسق ففيه وجهان

- صحيفة
- ٥٥ فرع فلو باع عشرين وسقا من أربعة
فعلى القولين
- ٥٥ فرع لو باع الزرع قبل بدو الحب فيه بالحنطة جاز
- ٥٥ فرع حكى أصحابنا عن مالك رحمه الله انه
فسر الزابنة بان يكون لرجل صبرة الخ
- ٥٧ فرع قال الشيخ أبو حامد في الروتق المحاقلة
علي ضربين
- ٥٧ فرع اعتبار الخمسة ههنا هل هو تحديد أو تقريب؟
- ٥٨ فرع لو باع الحنطة في سنبلها بالشعير علي
وجه الأرض فان فيه القولان في بيع الغائب
- ٥٩ هل يجوز أن يقع عقد العرية على جزء مشاع
مما علي النخل من الرطب إذا خرص الجميع؟
- ٥٩ فرع إذا امتنع بيع الحنطة في سنبلها بالحنطة
الطاهرة فامتناع بيعها بمثلها أولى
- ٦٠ فرع وكذلك قال فيه أيضاً ولم أرهم أجازوا
بيع الحنطة الخ
- ٦٠ قال المصنف رحمه الله ويجوز ذلك فيما دون
خمس أوسق الخ
- ٦٠ شرح هذا الفصل شرحاً وجيراً
- ٦١ فرع لاضابط للنقص عن الخمسة بل متى كان
أقل من الخمسة بشيء ما الخ
- ٦١ قال المصنف رحمه الله وفي خمسة أوسق قولان الخ
- ٦٢ شرح هذا الفصل شرحاً ممتعاً وافياً
- ٧١ فرع اذا قلنا يجب النقص عن الخمسة فهل
يكفي أى قدر كان أم له ضابط الخ
- ٧١ قال المصنف رحمه الله وما جاز في الرطب بالتمر
جاز في العنب بالزبيب لأنه يدخر يابسه
- ٧١ شرح هذا الفصل وبيان أحكامه وتخريج أحاديثه
- صحيفة
- ٨١ فرع قال الجرجاني لا يجوز العرية في الزرع
بخلاف السكر والنخل
- ٨٢ فرع لو باع الرطب علي الشجر بمجنس آخر
من الثمار علي الشجر وعلي الأرض يجوز من
غير خرص
- ٨٢ فرع قال امام الحرمين وحق الفقيه أن
لا يغفل في تفاصيل المسائل عما مهدناه
- ٨٥ فرع قال الشافعي رحمه الله في الأم ولا
بأس أن يشترها في الموضع من له حائط الخ
- ٨٥ فرع قال الماوردي رحمه إنا الخارصن
هنا يكفي فيه واحد بخلاف الزكاة
- ٨٧ قال المصنف رحمه الله ولا يباع ما نزع نواه
بالم ينزع نواه
- ٨٧ شرح هذا الفصل شرحاً مفصلاً
- ٨٩ فرع المشمش والخوخ ونحوهما لا يبطل كما
لها نزع النوي في أصبح الوجهين
- ٩٠ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع نية
بمطبوخة لأن النار تعقد أجزائه وتسخره
- ٩٠ شرح هذا الفصل شرحاً وجيراً ممتعاً
- ٩٣ فرع قاله ابن أبي النعمان بيع الطلأ بالذبس
لا يجوز
- ٩٥ قال المصنف رحمه الله واختلف أصحابنا في
بيع العسل المصفي بالنار بعضه ببعض
- ٩٦ شرح ما قاله المصنف وبيان أحكامه وأقوال
الفقهاء فيه
- ١٠٠ فرع ان منعنا بيع المصفي بالنار بمثله فلا
شك أنه يمتنع بيعه بغيره
- ١٠٢ قال صاحب التهذيب عمل الرطب وهو

صحيفة

صحيفة

- رب يسيل منه يجوز بيع بعضه ببعض
 ١٠٢ قال المصنف رحمه الله واختلفوا في بيع السكر
 بعضه ببعض الخ
 ١٠٣ شرح هذا الفصل شرحا كافيا شافيا
 ١٠٤ فرع بعد أن ذكر الامام ما ذكر في السكر
 قال وما ذكرناه جاء في كل ما ينعقد
 ١٠٥ فرع اذا بيع السكر فالعيار فيه الوزن
 ١٠٥ « قال نصر المقدسي في الكافي يجوز بيع
 السكر بالسكر وزنا إذا تساوى الخ
 ١٠٦ فرع لما ذكرنا من حكم السكر والفانيد الخ
 ١٠٦ « بيع الفانيد بالسكر الخ
 ١٠٩ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع الحب
 بدقيقه متفاضلا
 ١١٠ شرح هذا الفصل شرحا ممتعا
 ١١٧ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع دقيقه
 بدقيقه الخ
 ١١٨ شرح هذا الفصل شرحا موجزا
 ١٢٠ فرع قال الرويانى بيع لب الجوز حكمه حكم
 الدقيق بالدقيق
 ١٢٠ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع حبه
 بسويقه ولا سويقه بسويقه الخ
 ١٢٠ شرح هذا الفصل شرحا موجزا
 ١٢١ فرع بيع السويق بالدقيق عندنا لا يجوز
 لأنه قوت زال عن هيئة الادخار
 ١٢٢ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيعه بنخبه
 لأنه دخله النار
 ١٢٢ شرح هذا الفصل شرحا موجزا
 ١٢٢ فرع وهكذا الدقيق بالخبز لا يجوز

- ١٢٣ فرع قال الرافعى يجوز بيع الخنطة وما يتخذ
 منها من المطعومات بالنخلة
 ١٢٤ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع خبزه بنخبه الخ
 ١٢٤ شرح هذا الفصل شرحا موجزا
 ١٢٥ قال المصنف رحمه الله وان جفف الخبز وجعل
 فتيتا وبيع بعضه ببعض الخ
 ١٢٦ شرح هذا الفصل شرحا مفصلا
 ١٢٨ فرع لا يجوز بيع الخنطة بالجريش أو العجين الخ
 ١٢٩ « لا يجوز بيع الخنطة بالفالودج نص عليه
 الشافعى والأصحاب
 ١٢٩ فرع لا يجوز بيع الشبرق بالشبرق وهذا
 كله في الجنس الواحد وأما عند اختلاف
 الجنس فحائز
 ١٣٠ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع أصل
 بغيره كالسمسم بالشيرج الخ
 ١٣٠ شرح هذا الفصل شرحا ممتعا
 ١٣٦ فرع حب البان بالسبيخة الخ
 ١٣٦ فرع بيع لب الجوز بالجوز جائز
 ١٣٧ قال المصنف رحمه الله ويجوز بيع العصير
 إذا لم تنعقد أجزاؤه
 ١٣٧ شرح هذا الفصل شرحا موجزا
 ١٣٨ فرع قال الشافعى في باب المزبنة
 ولا يجوز بيع الجلجلان الخ
 ١٣٨ فرع إذا بيع العصير بالعصير فالمعتبر في
 معياره الكيل
 ١٣٨ فرع قول المصنف رحمه الله إذا لم تنعقد
 أجزاؤه يفهم أنه إذا حُمى بالنار اللطيفة الخ
 ١٣٩ قال المصنف رحمه الله ويجوز بيع الشيرج

صحيفة

بالشيرج الخ

١٣٩ شرح ما قاله المصنف هنا شرحاً مختصراً جيداً

١٣٩ فرع قال الامام لو اعتصر من اللحم مائه

و تبقى مالا ينعصر الخ

١٤٠ فرع جعل القاضي حسين دهن السمسم

مكيل لانه يستخرج من أصل مكيل

١٤٠ فرع بيع دهن السمسم بدهن الجوز واللوز

متفاضلاً ينبغي علي أن الادهان جنس أو

أجناس

١٤٠ فرع لا يجوز بيع الشيرج بالكسب قاله ابن

الصباغ

١٤١ فرع شرط جواز بيع الشيرج بالشيرج

أن لا يكون مغلياً

١٤١ قال الرافعي الادهان المعلية كدهن الورد

والبنفسج والنفوف كلها مستخرجة من السمسم

١٤١ فرع لا يجوز بيع طحين السمسم وغيره من

الحبوب التي يتخذ منها الادهان بطحينها

١٤١ فرع يجوز بيع كسب السمسم وزناً إن لم

يكن فيه خلط

١٤١ فرع ويجوز بيع العصير بخل الخمر لانهما تساويا

١٤٢ قال المصنف رحمه الله ويجوز بيع خل الخمر

بخل الخمر لانه يدخر على جهته

١٤٢ شرح هذا الفصل شرحاً ممتعاً

١٤٩ فرع للمعيار في الخل الكيل قاله القاضي

حسين والرافعي وغيرهما

١٥٠ فرع قال الشافعي في الأم والنبيذ الذي

لا يسكر مثل الخل

١٥٠ فرع يجوز بيع خل العنب بعصيره لانه

لا ينقص إذا صار خلا

صحيفة

١٥١ فرع لا يجوز خل التمر بالتمر ولا خل عنب

بعنب نص عليه في البويطي

١٥١ فرع بيع الرطب بخل العنب أو بعصير العنب الخ

١٥١ قال للمصنف رحمه الله ولا يجوز بيع شاة

في ضرعها لبن بلبن شاة

١٥١ شرح ما قاله المصنف هنا مع بيان أقوال

الفقهاء فيه وبيان أحكامه

١٥٥ فرع كما لا يجوز بيع الشاة التي فيها لبن

بلبن كذلك لا يجوز بالزبد ولا بالسمن

١٥٦ فرع قال محمد بن عبد الرحمن قال الشافعي

رحمه الله ولو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز

١٥٧ قال المصنف رحمه الله فإن باع شاة في ضرعها

لبن بشاة في ضرعها لبن فقيه وجهان

١٥٧ شرح ما كتبه المصنف في هذا الموضوع

١٦٢ فرع بيع الشاة التي فيها لبن ببقرة فيها لبن

فيه قولان

١٦٢ قال المصنف رحمه الله ويجوز بيع اللبن

الحليب بعضه ببعض الخ

١٦٣ شرح هذا الفصل شرحاً ممتعاً

١٦٥ فرع والمعيار في اللبن الكيل نص عليه

الشافعي والاصحاب

١٦٧ فرع يشترط في بيع الحليب بالجبن أن

يحصي له ولا رغو فيه

١٦٨ قال القاضي حسين الهريد بالهريد لا يجوز

» فرع ويجوز بيع الخائر بالحليب والرائب

والحامض أيضاً

» فرع قال الشافعي رضي الله عنه لا خير

في لبن مغلي بلبن على وجهه

١٦٨ فرع شرط جواز بيع هذا اللبن باللبن أن

صحيفة

لا يكون فيه ماء

١٦٩ فرع إذا حمى اللبن قليلا بحيث لا تأخذ

البار منه فلا يمنع بيع بعضه ببعض

١٧٠ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع اللبن

بما يتخذ منه من الزبد والسمن

١٧١ شرح هذا الفصل وبيان مسائله وأحكامه

١٧٨ فرع جزم ابن أبي هريرة بأن الرائب بالزبد جائز

١٧٨ فرع بيع الحليب بالحليب أو بغيره من الألبان

إنما يجوز إذا لم يكن في واحد منهما ماء

١٧٩ قال للمصنف رحمه الله وأما بيع ما يتخذ منه

بعضه ببعض فإنه إن باع السمن بالسمن جاز الخ

١٨٠ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً

١٨١ فرع قال الشافعي رضي الله عنه لا بأس أن

يختلف في شئ وزنا وإن كان يباع كيلا

١٨٢ فرع قال الشافعي في الام ولاخير في سمن غنم

بزبد غنم بحال

١٨٣ قال المصنف رحمه الله فإن باع الزبد بالزبد

ففيه وجهان

١٨٣ شرح هذا الفصل شرحاً مختصراً

١٨٤ قال المصنف رحمه الله وإن باع الخيض

بالخيض نظر الخ

١٨٥ شرح ما قاله المصنف هنا شرحاً موجزاً

١٨٦ فرع قال أبو الطيب وأما بعد ذلك من

الألبان المعقودة فلا يجوز

١٨٦ فرع دخول الماء في اللبن مانع لبيعه مطلقاً

١٨٦ « لو باع الخيض بعد اخراج الزبد منه

بالزبد أو السمن فلا بأس

١٨٧ فرع لو باع لبن غنم بلبن بقر وفرعنا على

الصحيح في أنهما جنسان جاز

صحيفة

١٨٧ قال المصنف رحمه الله وإن باع الجبن أو

الأقط أو المصل أو اللبأ بعضه ببعض لم يحز

١٨٧ شرح هذا الفصل شرحاً وجيزاً

١٨٩ قال المصنف رحمه الله وأما بيع نوع منه

بنوع آخر فإنه ينظر فيه

١٩٠ شرح هذا الفصل وبيان مسائله وأحكامه

١٩٢ فرع إذا بيع الزبد بالخيض فها جنسان

حتى يجوز التفاضل بينهما

١٩٣ فرع بيع جبن الغنم بجبن البقر قال ابن الرفعة الخ

١٩٤ « إذا قلنا بأن الألبان جنس فباع سمن البقر

بلبن الابل فيكون حكمه الخ

» فرع قال الامام الانفة الوجه القطع بطهارتها

١٩٥ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع

حيوان يؤكل لحمه بلحمه الخ

١٩٥ شرح هذا الفصل وبيان أحكامه وتخريج أحاديثه

٢١١ فرع بيع اللحم بالسمن الحى فيه وجهان

في الحاوى وغيره

٢١١ فرع بيع الحيوان بالسمن يجوز

٢١٣ « « اللحم بالعظم جائز قاله الماوردى

٢١٣ قال المصنف رحمه الله وفي بيع اللحم بحيوان

لا يؤكل قولان

٢١٣ شرح هذا الفصل شرحاً مبسوطاً

٢١٦ فرع لا يباع ما لا يؤكل لحمه بالشاة المذبوح

ولا بالطير المذبوح

٢١٦ فرع بيع السمك الحى هل يجوز أم لا الخ

٢١٦ فرع على القول الأول لا يجوز بيع لحم ببغل

ولا بحمار ولا بعبد

٢١٧ فرع لو باع شحم الغنم بحوت حى لم يحز

٢١٧ « في بيع الشحم والالية والطحال والقلب

صحيفة

- والكبد والرئة بالحيوان النخ
 ٢١٩ فرع قال الروياني إنه لو اشترى الحيوان
 بالرأس والكراع لم يجز
 ٢٢١ قال المصنف رحمه الله ويجوز بيع اللحم
 بنفسه إذا تناهى جفافه فيه ونزع منه العظم
 ٢٢٢ شرح هذا الفصل شرحاً مبسوطاً ممتعاً
 ٢٢٤ فرع إذا قلنا بالجواز إذا لم يكن منزوع
 العظم قال الرافعي النخ
 ٢٢٤ فرع ما ذكره من بيع اللحم باللحم شرطه
 أن لا يكون عليه جلد
 ٢٢٤ فرع قال الروياني وكذلك لا يجوز بيع
 الجوز بعضه ببعض
 ٢٢٤ لوضم عظم من عضو آخر إلى اللحم وباعه بلحم آخر
 ٢٢٥ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع بيض
 الدجاج بدجاجة فيها بيض النخ
 ١٢٥ شرح ما قاله المصنف هنا وبيان أحكامه
 وأقوال الفقهاء فيه
 ٢٢٧ فروع نتجّم بها باب الربا
 ٢٢٨ فرع قال القاضي أبو الطيب في الجواب
 عن اعتراض المالكية النخ
 ٢٢٨ فرع الربا يجري في دار الحرب جريانه في
 دار الاسلام
 ٢٣٠ فرع جريان الربا فيما ليس بمقدّر من المطعومات
 ٢٣٤ » ما يأكله بنو آدم والبهائم جميعاً قال
 الماوردي الواجب أن يعتبر أغلب حاله
 ٢٣٥ فرع لاربا في الريحان والنيلوفر والرجس
 والورد والبنفسج
 ٢٣٧ فرع الوزن عندنا ليس بعلّة للربا
 ٢٣٨ فرع هل يحرم أكل الطين ؟

صحيفة

- ٢٣٨ فرع الشعير في سنبله لا يقدر النخ
 ٢٤٥ » باب بيع الأصول والثمار
 ٢٤٧ قال المصنف رحمه الله إذا باع أرضاً وفيها
 بناء أو غراس نظرت الخ
 ٢٤٨ شرح هذا الفصل شرحاً ممتعاً
 ٢٦١ فرع فاما إذا باعه البناء والشجر ولم يتعرض
 لذكر الأرض النخ
 ٢٦٢ فرع من الشجر ما يغرس بذره في محل فاذا
 اطلع ينقل من ذلك المحل إلى محل آخر
 ٢٦٢ فرع حكم الهبة حكم البيع لأنها تزيل الملك
 ٢٦٣ » إذا باع الأرض وفيها شيء يابس هل
 يدخل في البيع كغيره أو لا يدخل ؟
 ٢٦٣ فرع جزم صاحب الاستقصاء بدخول
 المسنة والسواقي النخ
 ٢٦٥ قال المصنف رحمه الله فان قال بعتك هذه
 القرية بحقوقها لم تدخل فيها المزارع
 ٢٦٥ شرح هذا الفصل شرحاً ممتعاً بيان أحكامه
 ٢٦٨ فرع الحكم المذكور في اسم القرية جار في
 اسم الدسكرة
 ٢٦٨ قال المصنف رحمه الله وان قال بعتك هذه
 الدار دخل فيها ما اتصل بها من الرفوف النخ
 ٢٦٨ شرح هذا الفصل شرحاً وافياً
 ٢٧٣ فرع ذكر الامام أن هذا الخلاف المذكور في
 الأجاجين المثبتة والحجر الأسفل النخ
 ٢٧٣ فرع تقدم الخلاف في دخول الرحا مرتباً ومن
 ذلك يأتي فيهما ثلاثة أوجه
 ٢٧٣ فرع الميزاب عده صاحب الحاوي ما يدخل
 فيحتمل أن يكون ملحقاً بالأبواب
 ٢٧٣ فرع إذا كان في الدار بئر دخلت لبنها وأجرها

صحيفة

صحيفة

٢٧٤ فرع وأما حريم الدار فان كانت في سكة
غير نافذة دخل

٢٧٤ فرع إذا اتصل بالدار حجرة أو ساحة أو
رحبة قال الماوردي النخ

٢٧٥ فرع حكاه الماوردي أيضاً إذا اتصل بالدار
ساباط علي حائط من جدوره النخ

٢٧٥ فرع تقدم أن الأغاليق تدخل في المبيع
والمفهوم ما كان مسمراً

٢٧٦ فرع تقدم عن أبي الحسين الجوزي أنه إذا
رهن أرضاً أو داراً ففي دخول الدار قولان

٢٧٦ فرع وأما الشجر ففي دخولها في بيع الدار
الطرق الثلاث

٢٧٧ فرع الباب إذا كان مغلوقة لا يدخل في
بيع الدار والأرض إلا بالشرط

٢٧٨ فرع باع سفينة قال الماوردي يدخل في
البيع ما كان من البناء متصلاً

٢٧٨ فرع تقدم الكلام في حجري الرحا ودخولها
تحت اسم الدار

٢٧٨ فرع إذا قال بعثك هذا الخانوت قال
صاحب الاستقصاء

٢٧٨ فروع جرت عادة الاصحاب بذكرها في هذا الباب
٢٨٠ فرع في مذاهب العلماء

٢٨١ قال المصنف رحمه الله وأما الماء الذي في
البئر فاختلف أصحابنا فيه النخ

٢٨٢ شرح ما ذكره المصنف هنا وبيان أحكامه
٢٨٦ فرع وأما العيون المستنبة والاولدية والعين

ففي تملكها أيضاً وجهان
٢٨٨ فرع عن الامام لو كان في الأرض المبيعة نهر

» وأما الماء الذي يؤخذ من مطر أو نهر أو

غيرها ويجعل في صهر يج النخ

٢٨٨ فرع للمياه الجارية في الانهار كالفرات والنيل
وغيرها ليست مملوكة

٢٨٩ فرع وأما ما تولد في أنهار الأرض وعيونها
من السمك فلا شك على الوجهين

٢٨٩ فرع ذكره الروياني في هذا الموضع
٢٩٠ قال المصنف رحمه الله وإن كان في الأرض

معدن باطن كمعدن الذهب والفضة دخل النخ
٢٩٠ شرح ما قاله المصنف وبيان أحكامه ومسائله

٣٠٩ فرع تقدم أنه إذا لم يكن في القلع ضرر أو
كان فيه ضرر يسير أنه لا خيار للمشتري

٣٠٩ فرع في هذه الحالة
٣١٣ » تكلم الامام وقبلة القاضي حسين

في أنهم أوجبوا تسوية الحفر على البائع النخ
٣١٤ فرع ذكره الحاملي هنا

٣١٤ » ذكره الامام في آخر كلامه كالضابط لما تقدم
٣١٥ » تقدم أن الأصح في الأجرة أنها

لا تجب قبل القبض وتجب بعده
٣١٦ فرع تقدم الكلام في أن للمشتري الخيار

عند وجود شروطه
٣١٦ فرع إذا اختار المشتري الامساك النخ

٣١٧ » قال الروياني فلو كان قلع الاشجار مضرراً
وتركها لا يفسر النخ

٣١٧ فرع إذا غرس المشتري بعد العلم بالحجارة
سقط رده كما تقدم

٣١٨ فرع قل الروياني وغيره ولو كان البائع زرع
فيها زرعاً وباعها النخ

٣١٨ فرع قال الغزالي فيما نقل ابن أبي الدم ان العراقيين
تقلا أنه يجب على الغاصب أورش النقص

صحيفة

٣١٨ فرع زرع المشتري الارض ولم يعلم أن تحتها حجارة
 ٣١٩ « شبه المتولى الخلاف في ثبوت الخيار
 اذا اشترى الارض وغرسها بعد الشراء
 ٣١٩ فرع قال الشيخ أبو محمد الجويني في المسلسل
 لما ذكر الوجهين في وجوب الاجرة
 ٣٢٠ فرع من تنمة الكلام في المسائل المتقدمة
 ٣٢٠ « قل الرافعي لو باع داراً في طريق غيرنا
 قد دخل حريمها في البيع
 ٣٢٥ قول الغزالي في الوجهين ان الأظهر عدم الدخول
 يعني به الأظهر من الطرق
 ٣٢٦ قال المصنف رحمه الله وان باع نخلاً وعليها
 طلع غير مؤبر دخل في بيع النخل النخ
 ٣١٧ شرح ما ذكره المصنف مع ذكر الأحاديث
 الواردة فيه وبيان أحكامه
 ٣٢٩ فرع في مذاهب العلماء في ذلك
 ٣٤٦ « قال صاحب التلخيص فيما شذ عن
 أصول الكوفيين النخ
 ٣٤٦ فرع وأما قول المصنف قال الشافعي رحمه
 الله وماتشقق في معنى ما أبر
 ٣٤٧ فرع دل الحديث علي أن الثمرة المؤبرة
 للبائع إلا أن يشترط المبتاع
 ٣٤٧ فرع هذا لا يشترط هل حكمه حكم البيع أولاً
 ٣٤٧ « قال أصحابنا يحصل تسليم الشجرة مع
 كون الثمار المؤبرة عليها للبائع
 ٣٤٧ فرع فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند
 الاطلاق تكون للمشتري
 ٣٤٩ فرع إذا قلنا بأنه إذا استثنى الثمرة يشترط
 شرط القطع النخ
 ٣٤٩ فرع إذا بقيت الثمار غير المؤبرة للبائع

صحيفة

بالاستثناء قال الامام النخ
 ٣٤٩ فرع قال الماوردي إنه لو استثنى البائع نصف
 الثمرة بطل العقد
 ٣٤٩ فرع قد علمت أن هذه المؤبرة عند الاطلاق
 للمشتري
 ٣٥٠ فرع باع نخلة مطلعة ولم يقل للمشتري انها
 مؤبرة النخ
 ٣٥٠ فرع بيع الطلع في قشره مفرداً مقطوعاً على
 الأرض فيه وجهان
 ٢٥٠ فرع قال الشيخ أبو محمد إذ أبر الطلع وحكمنا
 ببقائه للبائع فخرم السكام للمشتري
 ٣٥١ فرع باع نخله لم يخرج طلعا فانه يخرج طلعا
 على ملك المشتري
 ٣٥١ فرع لو شرط غير المؤبرة للمشتري قال في
 التثمة كان تأكيذاً
 ٣٥١ فرع ان ذكرهما أبو العباس بن سريج ونقلها
 الشيخ أبو حامد
 ٣٥٣ قال المصنف رحمه الله وان باع نخلاً وعليه
 طلع لم يتشقق فيه وجهان
 ٣٥٣ شرح هذا الفصل شرحاً مبسوطاً ممتعاً
 ٣٥٧ فرع قال الماوردي إذا أخذ طلع النحال
 جاز بيعه في قشره
 ٣٥٧ فرع باع نخلاً لا طلع عليه ثم أطلع قبل
 لزوم العقد النخ
 ٢٥٧ قال المصنف رحمه الله وان باع حائطاً أبر
 بعضه دون بعض جعل الجميع كاللؤلؤ
 ٣٥٨ شرح هذا الفصل شرحاً وافياً
 ٢٦٠ فرع هذا كله فيما اذا باع الجميع النخ
 ٣٦٢ « هذا الحكم المذكور من أول الفصل

صحيفة

صحيفة

إلى هنا أن المؤبر لا يتبع النخلة للمبيعة النخ
٣٦٢ قال المصنف رحمه الله وإن كان له حائط

أطلع دون بعض النخ

٣٦٢ شرح هذا الفصل وبيان مسائله وأحكامه

٣٦٤ قال المصنف رحمه الله قال الشافعي رحمه الله

والسكرسف اذا بيع أصله كالنخل

٣٦٥ شرح هذا الفصل مع ضبط الفاظه وبيان أحكامه

٣٦٧ قال المصنف رحمه الله وإن باع شجرا غير

النخل والسكرسف

٣٦٨ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً

٣٧٠ فرع لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها

وكذا الجوز صح

٣٧١ فرع الخلاف الذي تقطع أغصانه النخ

٣٧٨ قال الماوردي والروياتي الحناء يقصد

ورقه أيضاً

٣٧١ فرع شجر النبق المذهب كسائر الأشجار

يتبعها ورقها

٣٧١ قال المصنف رحمه الله وإن كان مما يقصد

منه الثمرة فهو على أربعة أضرب

٣٧٢ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً

٣٧٣ قال المصنف رحمه الله والثاني يخرج في

كمام لا يزال عنه الا عند الأكل

٣٧٣ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً

٣٧٣ قال المصنف رحمه الله والثالث ما يخرج

وعليه قشرتان كالجوز واللوز

٣٧٤ شرح مقاله المصنف هذا

٣٧٥ قال المصنف رحمه الله والرابع ما يكون في نور

يتناثر عنه النخ

٣٧٦ شرح هذا الفصل شرحاً مفصلاً

٣٨٧ فرع قال القاضي الماوردي إن الكرم نوعان

٣٧٩ « تقدم في كلام الشافعي عد اللوز مع التفاح

٣٧٩ « إذا باع أصلاً عليه ثمرة ظاهرة وطهر

مافي ثمرة العام النخ

« قال المصنف رحمه الله وإن باع أرضاً فيها

نبات غير الشجر النخ

٣٨٠ شرح مقاله المصنف هنا شرحاً مفصلاً

٣٨٤ فرع بني الماوردي على الوجهين الذين

ذكرهما ما إذا كان الزرع بذراً

٣٨٥ فرع باع الأرض وفيها البقول المذكرة

بعد جذها النخ

٣٨٥ فرع إذا كان في الأرض شجر خلاف

يقطع من وجه الأرض النخ

٣٨٥ فرع إذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهر النخ

٣٨٦ « من البقول ما يبقى أصله سنين وهو

الذي تجرى فيه الأحكام المتقدمة

٣٨٦ فرع ظهر لك مما تقدم أن الأقسام فيما لا

يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة

٣٨٧ فرع اللوز أصله لا يحمل إلا سنة واحدة ثم يموت

٣٨٩ « لو كان في الأرض جزر أو سلق أو ثوم

« هذه الأحكام التي تقدمت كلها فيما إذا

أطلق البيع

٣٩٠ قال المصنف رحمه الله وفي بيع الأرض طريقتان

٣٩٠ شرح هذا الفصل وبيان طرقه وبيان

أحكامه مفصلة

٣٩٣ فرع لو اقتلع الزرع قبل المدة لحاجة أو

جذه البائع النخ

٣٩٤ فرع قال الرافعي كل زرع لا يدخل في البيع

لا يدخل وإن فال بعت الأرض بمقوقها

صحيفة

٣٩٤ فرع عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذي له في الحال
 ٣٩٤ « لو كان المشتري جاهلا بالزرع النخ
 ٣٩٥ » في وجوب الأجرة على البائع في مدة
 بقاء الزرع في الأرض
 ٣٩٧ فرع تقدم أن الامام جعل محل الخلاف في
 وجوب الأجرة في حالة الجهل
 » فرع ما تقدم من وجوب الإبقاء إلى أوان الحصاد
 محله عند الإطلاق أو اشتراط التيقية اليه
 » فرع يشترط في بيع الأرض المزروعة تقدم
 الرؤية على العقد
 ٣٩٨ فرع إذا اشترط دخول الزرع في البيع النخ
 » » إذا اشترى أرضاً رآها قبل البيع ولم
 يرها حين البيع النخ
 ٣٩٩ قال المصنف رحمه الله وإن باع أرضاً وفيها
 بذر لم يدخل البذر في البيع النخ
 ٣٩٩ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً
 ٤٠٠ قال المصنف رحمه الله إذا باع أصلاً وعليه ثمرة
 للبائع لم يكلف القطع الثمرة إلى أوان الجذاذ
 ٤٠١ شرح هذا الفصل شرحاً مبسوطاً
 ٤٠٢ فرع قال الماوردي أنه إنما يستحق الإبقاء
 إذا بقيت الثمرة للبائع بالتأخير
 ٤٠٢ فرع قال الشافعي والأصحاب فإذا حصدا لزرع
 ٤٠٣ « لو أصابت الثمار آفة وصارت بحيث لا تنمو
 فهل للبائع تيقيتها
 ٤٠٣ فرع لا يمنع البائع من الدخول في الحائط للسقي
 ٤٠٣ « ولا يستحق المشتري على البائع أجرة
 الأرض في مدة إقامة الزرع في الأرض
 ٤٠٣ فرع لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع
 ٤٠٤ قال المصنف رحمه الله فإن أصاب النخل
 عطش وخاف أن يشرب الثمرة الماء من

صحيفة

أصل النخل فيه لك قولان
 ٤٠٤ شرح هذا الفصل شرحاً مبسوطاً مطولاً
 ٤٠٨ فرع حيث جعلنا للبائع السقي قال الشافعي
 والأصحاب النخ
 ٤٠٨ فرع القولان اللذان أطلقهما المصنف هل
 محلهما فيما إذا كان السقي متعذراً أو مطلقاً
 ٤٠٩ فرع ظاهر كلام الأصحاب أنه يجب السقي بالماء
 الذي جرت العادة أن يسقى منه تلك الأشجار
 ٤٠٩ فرع ما لا رجوع من هذه الأوجه النخ
 ٤٠٩ قال المصنف رحمه الله لا يجوز بيع الثمار والزرع
 قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع النخ
 ٤١٠ شرح هذا الفصل شرحاً مطولاً مع تخريج
 أحاديثه وبيان أحكامه
 ٤١٣ فرع إذا باع بشرط القطع وجب الوفاء به
 ٤١٤ « قل في التثنية إنما يجوز البيع بشرط القطع
 إذا كان المقطوع منتفعاً به
 ٤١٤ فرع التسليم في ذلك يكون بالتخلية كما هو
 تسليم الثمار
 ٤١٥ فرع قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على
 شرط التيقية
 ٤١٨ فرع لو باع ثمرة لم يبدصلاحها على شجرة مقلوعة
 ٤١٨ « إذا اشتراها قبل بدو الصلاح بشرط
 التيقية وقطع منها شيئاً
 ٤١٨ فرع إذا اشترى بشرط القطع فلم يتفق حتى
 بدا الصلاح
 ٤٢٢ فرع هذا الحكم الذي ذكرناه من جواز
 بيع الثمرة مع الأصول من غير شرط القطع
 لا خلاف في المذهب فيه
 ٤٢٦ فرع قول المصنف هنا إذا باع الزرع ممن
 يملك الأرض النخ

صحيفة

صحيفة

٤٢٧ فرع لو بلغ الزرع من مالك الأرض فإنه يصح
» قد تقدمت الأحاديث الواردة في اللنع

من بيع الثمار قبل بدو الصلاح
فرع لا فرق في الثمار بين مليحذ كالبلح
والبسرو وبين مليقطف كالحصرم والعنب
فرع الفجل المغروس في الأرض والسلجم
والجزر والسلق النخ

فرع قال القاضي حسين إذا باع أصل
الكراث مع الكراث صح العقد

فرع قال ابن الحداد باع نصف ثمرة على
رؤس النخل قبل زهو الثمرة فالبيع باطل

٤٣٠ فرع من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع
نصف النخل صح النخ

٤٣٢ فرع رأيت في المطارحت لابن القطان أنه
إن بلغ نصف الزرع مشاعا النخ

٤٣٣ قال المصنف رحمه الله وإن بدا صلاحها جاز
بيعها بشرط القطع

شرح هذا الفصل شرحا ممتعا

٤٣٦ فرع قال القاضي حسين بيع الزرع وحده
إن كان بذرا لم يصح على الصحيح

فرع قصب السكر صلاحه في بقائه في قشره

٤٣٧ » السكتان إذا بدا صلاحه قال ابن الرفعة
يظهر جواز بيعه

فرع البقل إذا بيع مع الأصول قال الغزالي
لا يشترط القطع

٤٣٨ فرع فإن باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع
الأصول والزرع باطل

٤٣٩ فرع في مذاهب العلماء

قال المصنف رحمه الله وبدو الصلاح في
الثمار أن يطيب أكلها النخ

٤٣٩ شرح ما قاله المصنف هنا مع تخريج أحاديثه
وبيان القوى والضعيف منها

٤٤٥ فرع إذا باع أوراق الفرساد مع الأغصان
فإن بلغ نهايته جاز من غير شرط

٤٤٥ فرع قال الشافعي والأصحاب إذا بدا صلاح
ما خرج من القناء والبطيخ

٤٤٦ فرع قال الشافعي ولا يجوز أن يستثنى من الثمرة مدأ

٤٤٧ » إذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم
إلا ما يخص ألفا منها النخ

٤٤٧ فرع قال اشتريت منك هذا الثوب بهذه
الدراهم إلا خمسة دراهم لم يميز

٤٤٧ فرع قال بعثك ثمرة هذا النخل إلا النوع المعقلى
٤٤٧ » باع شاة واستثنى سوا قطها قال في

الصرف لا يصح

٤٤٨ فرع باع قطنا واستثنى حبه أو سمسم واستثنى كسبه

٤٤٨ » الزرع الذى يخلف كالقرط وما فى
معناه من البقول يكون متزايدا أبدا

٤٤٩ فرع إذا اشترى الزرع الذى لا يخلف اما
بعد بدو الصلاح واما قبله شرط القطع

٤٤٩ قال المصنف رحمه الله فإن وجب بدو الصلاح فى
بعض الجنس من حائط جاز بيع الجنس كله

٤٥٠ شرح هذا الفصل وبيان مسأله وأحكامه

٤٥٦ فرع قال بعثك هذا بكذا فالظاهر أن الحكم كذلك
٤٦١ » إذا باع شيئا من ثمرة البطيخ والقناء وما

أشبه ذلك فقيه التفصيل

٤٦٢ فرع ولا يجوز فى شىء من ذلك أن يبيع
ما ظهر من الثمرة أو الورد

٤٦٢ فرع لا خلاف أنه لا بد من وجود الصلاح فى شىء
٤٦٣ » إذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدا
الصلاح فى أحدهما الخ

صحيفة

- ٤٦٣ فرع قد تفهم من كلام الأصحاب أن منهم من قال باعتبار وقت بدو الصلاح
- ٤٦٣ قال المصنف رحمه الله إذا ابتاع زرا أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أو أن الحصاد
- ٤٦٤ شرح ما كتبه المصنف شرحا طريفا ممتعا
- ٤٦٥ فرع إلى متى ينتهي الزمان الذي يجب فيه السقي
- ٤٦٦ « لو شرط السقي على المشتري بطل البيع »
- ٤٦٦ فرع قال الشيخ أبو محمد في السلسلة إذا اشتري ثمرة على رؤس الشجر النخ
- ٤٦٧ فرع قريب من هذا
- ٤٦٧ « باع الجرد في الجرد وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما صح »
- ٤٦٧ قال المصنف رحمه الله وإذا اشتري ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى النخ
- ٤٦٨ يخرج هذا الفصل شرحا مبسوطا
- ٤٧٠ فرع لو ائثال على الحنطة للمبيعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح
- ٤٧١ فرع لو باع الحنطة منه مكايلة وسلمها اليها جزافا ثم اختلطت بحنطة للبائع النخ
- ٤٧٢ فرع اليد في الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع أو للمشتري أولها ثلاثة أوجه
- ٤٧٢ فرع قد تقدم حكاية الخلاف في التصحيح في هذه المسألة
- ٤٧٢ فرع قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع ان سمحت يحمك النخ
- ٤٧٣ فرع هذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره إذا بلغ نهايته لم يحتج إلى شرط القطع
- ٤٧٤ فرع فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف
- ٤٧٥ « قد تقدم أنه إذا كان اختلاط الطعام بعد القبض لا يفسخ العقد والعقد صحيح بحاله »

صحيفة

- ٤٧٥ فرع لو صدر الخلط من البائع أو المشتري عن قصد كان الحكم كذلك
- ٤٧٦ فرع قال القاضي حسين ان القولين في الانفساخ في مسألة اختلاط الثمار النخ
- ٤٧٨ قال المصنف رحمه الله وان اشتري شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذ حتى حدث حمل للمشتري
- ٤٧٩ شرح هذا الفصل وبيان أحكامه ومسائله
- ٤٨٤ فرع قال المتولي في هذه المسألة ان عدم الانفساخ هو الصحيح
- ٤٨٤ فرع إذا قلنا يفسخ العقد فلا تفريع عليه
- ٤٨٦ فرع كلام المصنف هنا مشير إلى أنه لازمة في غرض ترك الحق بين البائع والمشتري
- ٤٨٦ فرع أورد على الزام المشتري أو البائع قبول ما بذل له من الثمن لامضاء العقد النخ
- ٤٨٩ فرع باع شجرة الباذنجان ان بلغ نهايته النخ
- ٤٩٢ فرع الزرع التي تحصد مرة واحدة إذا اشتراها بشرط القطع النخ
- ٤٩٣ فرع إذا اشتري أصول البطيخ تقدم عن الامام والمتولي وغيرهما أنه لا يجوز الا بشرط القطع
- ٤٩٤ فرع قال الشافعي رضى الله عنه ولا يجوز بيع القصيل إلا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو يستخلف
- ٤٩٥ فرع في زيادات أبي عاصم العبادي النخ
- ٤٩٥ « ما لا يجوز بيعه الا بشرط القطع النخ »
- ٤٩٥ قال المصنف رحمه الله وان كان له شجرة تحمل حملين فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح النخ
- ٤٩٥ شرح هذا الفصل مع ضبط الفاظه وبيان أحكامه
- ٥٠٠ فرع إذا اشتري الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين وتأبيره النخ

﴿ فهرست الجزء الحادى عشر من كتاب فتح العزيز (شرح الوجيز)
للمرافعى والتلخيص الحبير لابن حجر العسقلانى ﴾

صفحة	صفحة
٢١٤ الركن الرابع صيغة الاعارة	٢ ﴿ كتاب الوكالة ﴾ وفيه ثلاثة أبواب
٢١٦ قال أما أحكامها فأربعة الأول الضمان	٤ الباب الأول فى أركانها وهي أربعة الأول
٢٢٣ » الحكم الثانى التسلط على الانتفاع	ما فيه التوكيل
٢٢٤ قال الحكم الثالث جواز الرجوع عن العارية	١٥ الركن الثانى الموكل وشروطه
٢٣٢ » الحكم الرابع فصل الخصومة	١٦ » الثالث الوكيل
٢٣٩ ﴿ كتاب الغصب وفيه بابان الباب الأول	١٨ » الرابع الصيغة وشروطها
فى الضمان	٢٦ ﴿ الباب الثانى فى حكم الوكالة ﴾
٢٩٠ الباب الثانى فى الطوارئ وفيه ثلاثة فصول	٧٣ ﴿ » الثالث فى النزاع فى الوكالة وهو
الفصل الاول فى النقصان	فى ثلاثة مواضع ﴾
٣١١ » الثانى فى الزيادة	٨٩ ﴿ كتاب الاقرار ﴾ وفيه أربعة أبواب
٣٣١ » الثالث فى تصرفات الغاصب	الاول فى أركانها
﴿ كتاب الشفعة وفيه ثلاثة أبواب ﴾	١١٧ الباب الثانى فى الأقارير المجملّة
٣٦١ الباب الاول فى أركان الاستحقاق	١٦٤ » الثالث » تعقيب الاقرار بما يرفعه
٣٩٢ الركن الثانى الآخذ	١٨٦ الفصل الثانى فى ثبوت الميراث
٤٠٦ » الركن الثالث المأخوذ منه	٢٠٩ ﴿ كتاب العارية ﴾ والنظر فى أركانها وأحكامها
٤٤٢ الباب الثانى فى كيفية الآخذ	أما أركانها فأربعة الأول المعبر والثانى المستعير
٤٩٠ » الثالث فيما يسقط به حق الشفعة	٢١١ الركن الثالث المستعار

﴿ تمت فهرست الشرح الكبير المرافعى والتلخيص الحبير للعسقلانى ﴾

﴿ بيان الخطأ الواقع في الجزء الحادى عشر من تكملة المجموع (شرح المذهب)
للامام السبكي رضى الله عنه ﴾

صفحة سطر خطأ	صواب	صفحة سطر خطأ	صواب
٨ ٤	نعيها	٨ ٤	نعيها
١٣ ٨	الأول	١٣ ٨	الأول
١٦ ٦	التساوى	١٦ ٦	التساوى
١٧ ١٣	ولا حرمها	١٧ ١٣	ولا حرمها
١٨ ٨	نصفه	١٨ ٨	نصفه
٢١ ٥	الحرقى	٢١ ٥	الحرقى
٢٥ ٧	أن	٢٥ ٧	أن
٢٢ ١٨	غيرها	٢٢ ١٨	غيرها
٢٤ ١٨	الظاهر	٢٤ ١٨	الظاهر
٢٥ ٥	المشهور و	٢٥ ٥	المشهور و
٢٦ ٦	قال لم	٢٦ ٦	قال لم
٣٣ ١٦	جلة	٣٣ ١٦	جلة
٣٤ ٢	الطريقى	٣٤ ٢	الطريقى
٤١ ٨	على الامام	٤١ ٨	على الامام
٤٣ ١١	واذا	٤٣ ١١	واذا
٤٧ ٢	في الحنطة	٤٧ ٢	في الحنطة
٤٨ ٦	يعلا	٤٨ ٦	يعلا
٤٩ ٤	المروى	٤٩ ٤	المروى
٥١ ٢	بيع الرطب بالتمر	٥١ ٢	بيع الرطب بالتمر
٦٠ ١٥	ثلاثه	٦٠ ١٥	ثلاثه
٦١ ٤	أو فان ثبت	٦١ ٤	أو فان ثبت
٦١ ٥	فانما	٦١ ٥	فانما
٦٣ ١٢	لأصحابه	٦٣ ١٢	لأصحابه
٦٨ ٤	القفال	٦٨ ٤	القفال
٧١ ٢	ولا يشتري	٧١ ٢	ولا يشتري
٧٢ ٢	ان الغينا	٧٢ ٢	ان الغينا
٧٤ ١	أحداها	٧٤ ١	أحداها
٨٣ ٥	ولا حقة	٨٣ ٥	ولا حقة
٨٥ ٥	أن لا يكون لما لك	٨٥ ٥	أن لا يكون لما لك
٨٦ ٦	بالتخيلة الا	٨٦ ٦	بالتخيلة الا
٩٠ ١٠	ويجوز	٩٠ ١٠	ويجوز
٩٩ ٢	أن يكونان	٩٩ ٢	أن يكونان
٩٩ ٩	الذى عتاب والسكر	٩٩ ٩	الذى عتاب والسكر
٩٩ ١٢	في جزمها	٩٩ ١٢	في جزمها
١٠٢ ٣	هذا لا التعليل	١٠٢ ٣	هذا لا التعليل
١٠٤ ٦	لامن اذابه	١٠٤ ٦	لامن اذابه
١٠٤ ٤	وكان يغني العصر	١٠٤ ٤	وكان يغني العصر
١٠٦ ١٣	القتد	١٠٦ ١٣	القتد
١٠٦ ٤	يعمل السكر	١٠٦ ٤	يعمل السكر
١٠٦ ٥	الماودى	١٠٦ ٥	الماودى
١٠٦ ١٣	عند ذلك	١٠٦ ١٣	عند ذلك
١٠٧ ٣	انا لبيع	١٠٧ ٣	انا لبيع
١٠٨ ٧	الغزالي بينهما	١٠٨ ٧	الغزالي بينهما
١١٠ ٨	الزكاه	١١٠ ٨	الزكاه
١١٢ ٦	وهو مذهب	١١٢ ٦	وهو مذهب
١١٢ ٧	والسويق والخبز	١١٢ ٧	والسويق والخبز
١١٢ ٨	والخيزو بالخبز	١١٢ ٨	والخيزو بالخبز
١١٣ ٥	راهويه	١١٣ ٥	راهويه
١١٥ ٨	فأشبهه الدراهم	١١٥ ٨	فأشبهه الدراهم
١١٧ ١	مشقة	١١٧ ١	مشقة
١١٧ ٣	ثم يخرج	١١٧ ٣	ثم يخرج
١١٧ ٦	والقياس	١١٧ ٦	والقياس

صواب	صفحة سطر خطأ	صواب	صفحة سطر خطأ
اعتذارى	١١ ٢١٨	في البويط	١١ ١١٨
الجاروس	٥ ٢٣٥	هو الذي	٣ ١٢٠
لتعلق	٣ ٢٤٦	أن السويق	٧ ١٢١
أجد	١ ٢٥١	خلط في الخبز	٧ ١٢٢
والشجر	٥ ٢٥١	فيها شيء لب	٣ ١٢٣
أمران	٥ ٢٥٥	فاماموازنة وفصل كذا بالأصل	٣ ١٣٢
بالقلم	٣ ٢٥٩	ابن حزم	٥ ١٣٥
يدخلان	١٠ ٢٦٣	لعصير العنب	٤ ١٣٧
التأيد	٤ ٢٧١	العصور	٤ ١٣٧
منها	١٤ ٢٧١	وذلك لا يجوز	١ ١٤٤
صحح	٦ ٢٧٢	كذا بالأصل	٢ ١٥٣
بالاجارة	٣ ٢٩٠	نذراً	٧ ١٥٥
»	٣ ٢٩٠	جواز البيع	٥ ١٦٣
متميز	١٣ ٢٩٠	أو أجناساً	٦ ١٦٣
والقسم	٣ ٢٩١	لبناً	٤ ١٦٥
بالأولى	٦ ٣٠٨	لم يتحرر	١٣ ١٦٦
ببيع	١ ٣١٣	كذا بالأصل	٧ ١٦٧
ولا أورش	٧ ٣١٤	وغيره قال	١ ١٧٩
البقل	٦ ٣٣٠	لا أكل	٧ ١٨١
فقد أدى	٨ ٣٣٥	الذخائر	١ ١٨٣
تنبيهها	٢١ ٣٣٦	المروذي	١١ ١٨٣
إذا أنه	٤ ٣٤٣	في أنه	١٠ ١٩١
تشق	١٥ ٣٥٤	بالمشاحة	٨ ١٩٣
بينها	١٩ ٣٦١	عن صحيفة	٥ ١٩٧
ما أطلع	١ ٣٦٤	عن سمرة صحيفة	٦ ١٩٧
القطعة	١٤ ٣٦٨	وكذلك	٦ ٢٠٠
منجها	٢ ٣٧١	فتياً	١٠ ٢٠٣
وهذا وهم منه	١٣ ٣٧٥	وإن كان مخالفاً	٢ ٢٠٥
في جذها	٢١ ٣٨٢	إذا	٧ ٢٠٦

صفحة سطر خطأ	صواب	صفحة سطر خطأ	صواب
١٨ ٣٩١ للزوعة	للزوعة	١ ٤٣٣ ويبيع	ويبيع
٦ ٣٩٣ لأولى	الأولى	٤ ٤٣٦ أما كالفستق	أما كالفستق
٧ ٣٩٣ هذن	هذان	١٤ ٤٤١ والأصفرا	والأصفوار
٣٠ ٣٩٤ وإن أقام	وإن أقر	٥ ٤٤٢ ما بدا صلاحه	ما بقو صلاحه
١٠ ٤٠١ أوردآ للبائع	أوردآ للبائع	١٢ ٤٥٢ صلح	صلاح
١٢ ٤٢٥ لم ينبه	لم ينته	٩ ٤٧٣ الخربز	الخربز
٥ ٤٢٦ در المصنف	مع المصنف	١٢ ٤٨١ به وإن	أنه وإن
١٧ ٤٢٧ حلة	حالة	تم الخطأ والصواب من المجموع	

﴿ بيان الخطأ الواقع في الجزء الحادي عشر من كتاب فتح العزيز (شرح الوجيز) للامام الرافي رضي الله عنه ﴾

صفحة سطر خطأ	صواب	صفحة سطر خطأ	صواب
١٤ ١٠ الاستفاء	الاستيفاء	٣١ ٩٩ أننفذ	أنه تنفذ
١٧ ١٢ أن يوكل بيع	أن يوكل في بيع	٣١ » والثاني أنه وبه	والثاني وبه
٢٢ ١٢ الزقم	الرقم	٢٢ ١٠٢ طاهر	ظاهر
٩ ١٤ ولم يكتفى	ولم يكتف	١٩ ١٠٥ عبيدين أن	عبدان
» ٢١ ثم ينتظر	ثم ينظر	١٧ ١٠٧ متناقض	مناقض
٢٧ ١٦ (التعقيب) لما	أن يهب	١٤ ١٠٨ وحملوا على مذكروه وحملوا مذكروه	
١٩ ١٧ وههنا ثم	ههنا و ثم	١٣ ١٠٩ في يد أن زيد	في يد زيد مرهون
٣٦ ٣٥ وان المعنى الثاني	وبين المعنى الثاني	مر عند عمرو	عند عمرو
١٣ ٤١ ووجهان	وجهان	٣٤ ١١٠ بأن لهشتري	بأن المشتري
١٧ ٤٢ الامؤول	مؤول	٢٥ » صادق	صادقا
٢٢ ٤٢ لا تسترد	لا يسترد	٢٩ » في المسأله	في المسأله
١٨ ٤٤ الوكيل للأول	الوكيل الأول	١٠ ١١٢ لو استأخر	لو استأجر
٢٠ ٥٦ الصلح	في الصلح	١١ » وطؤها	وطؤها
٢٠ ٧٦ المال لنفسه	للمال لنفسه	٢٣ ١١٣ في تأتي الحال	في تأتي الحال
٢٠ ٨١ للوكل	للوكيل	١٠ ١١٤ النني نعم	النني نعم
٢٢ ٩٠ بكل ما تقره	بكل ما يقربه	٢٦ » وبقي له	ونقي له

صفحة سطر خطأ	صواب	صفحة سطر خطأ	صواب
١١٥ ١٥ أثنا لنا	أن لنا	١١٧ ١٩ سوابق	سابق
» ١٩ اشترى ملي	اشترمني	١١٧ ٢٣ غير	غيرها
١١٨ ١٧ لاتسع	لاتسمع	١١٩ ٢٢ فما	فما
١٢٤ ١١ (أحدها)	(إحداها)	١٣٢ ٢٢ قراره	إقراره
١٣٤ ٢٦ واحد	واحد	١٤٤ ٢٠ لم فرق	لا فرق
١٥٢ ٢٥ أنه حاجة	أنه لا حاجة	١٦٨ ٢٣ قوله في الصورة	وكذا قوله في الصورة
١٦٩ ٢١ وقاللا قبلنا	وقالا قبلنا	٢٥٢ ٢٠ لانه أثبت	لانه أثبت
٢٥٨ ٢٦ هل الذمة	أهل الذمة	٢٦٦ ٢٥ والضمان يشبهه	والضمان وما يشبهه
٥٠٠ ١٠ لم يئشس	لم يئأس	٥٠٠ ١٢ باع	باع
٥٠٢ ٢٣ الدر	الدار		

(بيان الخطأ الواقع في الجزء الحادى عشر من التلخيص الحبير لابن حجر العسقلانى)

صفحة سطر خطأ	صواب	صفحة سطر خطأ	صواب
٤ ٢٥ بالمحمد	مالمحمد	٣٦٠ ٢٧ رسول	رسول الله
٢١٠ ٢٤ فى الباب	وفى الباب	٣٦٥ ٢٦ جابر وله	جابر بهماوله
٢١٧ ٢٥ مخاف	مختلف	٤٩٠ ٢٤ صمير	لصغير
٢٤٠ ٢٨ أحمد	أحد	٤٩٠ ٢٥ اللبيانى	البيلمانى
٣١٣ ١٦ رجلا فزرع	رجلا أرضاً	٤٩٧ ٢٦ لايلي	الايلي
فزرع		تم الخطأ والصواب من التلخيص الحبير	

(تم الجزء الحادى عشر)

٢٥٤٦٦

الف ٢١

دائمه

فمن

ميسر

٥٠٨

